Die Beweisbarkeit der Übermittlung unverkörperter Willenserklärungen unter Abwesenden in Österreich, Deutschland und England

Dissertation

in der Rechtsvergleichung

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doctor iuris

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

an der Paris-Lodron Universität Salzburg

vorgelegt von

Philipp Riesenkampff

(Mat. Nr. 0523157)

Betreuer:

o.Univ.-Prof. Dr. Marianne Roth, LL.M. (Harvard)
o.Univ.-Prof. DDr. Dr. h.c. Johannes Michael Rainer

Salzburg, Februar 2008

Gliederung

G L I E D E R U N G

Seite

I) Einleitung ..... - 1 -

II) Problemstellung und Gang der Untersuchung ..... - 2 -

III) Der deutsche Rechtskreis ..... - 3 -

1) Historie und Aufbau des deutschen Zivilrechts ..... - 3 -

2) Gesetzliche Ausgangslage des materiellen Rechts ..... - 11 -

3) Die Willenserklärung und ihre Abgabe ..... - 13 -

a) Das Wesen der Willenserklärung ..... - 14 -

b) Abgabe der Willenserklärung ..... - 15 -

4) Entwicklung der Dogmatik zum Zugang der Willenserklärung ..... - 16 -

a) Das Kriterium der Ab- und Anwesenheit ..... - 16 -

(1) Intention des Gesetzgebers ..... - 16 -

(2) Regelungen für den Zugang unter Anwesenden ..... - 18 -

(3) Regelungen für den Zugang unter Abwesenden ..... - 19 -

b) Der Zugangsbegriff des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ..... - 20 -

(1) Historische Entwicklung und Intention des Gesetzgebers ..... - 20 -

(2) Kenntnisnahme als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Zugang ..... - 22 -

(3) Möglichkeit der Kenntnisnahme ..... - 23 -

5) Neuere Dogmatik zur (elektronischen) Übermittlung ..... - 26 -

a) Problemaufriss ..... - 26 -

b) Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung ..... - 28 -

c) Andere Literaturansichten ..... - 31 -

(a) Willenserklärung unter Anwesenden im Lichte neuer Kommunikationsmedien .. - 35 -

(b) Willenserklärung unter Abwesenden im Lichte neuer Kommunikationsmedien .. - 37 -

d) Gesetzesänderungen im deutschen Zivilrecht ..... - 38 -

6) Zwischenergebnis zur Dogmatik in Deutschland ..... - 39 -

a) Rechtliche Ausgangslage ..... - 39 -

b) Standpunkt der herrschenden Meinung ..... - 39 -

c) Neuere Literaturansichten ..... - 40 -

d) Abschließende Betrachtung zum Zugang im materiellen Recht ..... - 40 -

7) Das deutsche Zivilverfahrensrecht ..... - 43 -
a) Historie und Aufbau des Zivilverfahrensrechts ..... - 43 -
b) Der deutsche Zivilprozess und seine Beteiligten ..... - 44 -
c) Übermittlung von Willenserklärungen in Form von Prozesshandlungen ..... - 46 -
(1) § 130 ZPO als einschlägige Norm ..... - 46 -
(2) Unterschriftserfordernis für Wirksamkeit ..... - 46 -
(3) Formgerechter Zugang durch elektrische Kommunikationsmedien ..... - 47 -
(4) Zugangszeitpunkt durch elektrische Kommunikationsmedien ..... - 49 -
(5) Formgerechter Zugang durch elektronische Kommunikationsmedien ..... - 50 -
IV) Der österreichische Rechtskreis ..... - 51 -
1) Historie und Aufbau des österreichischen Rechtssystems ..... - 51 -
2) Gesetzliche Ausgangslage des materiellen Rechts ..... - 57 -
3) Die Willenserklärung und ihr Wirksamwerden ..... - 58 -
4) Der Zugang bei Verwendung neuer Kommunikationsmedien ..... - 59 -
a) Kommunikation via Telefax ..... - 59 -
b) Kommunikation via Email ..... - 60 -
c) Kommunikation via Internet ..... - 63 -
5) Das österreichische Zivilverfahrensrecht ..... - 63 -
a) Historie und Aufbau des Zivilverfahrensrechts ..... - 63 -
b) Der österreichische Zivilprozess und seine Beteiligten ..... - 66 -
c) Übermittlung von Willenserklärungen in Form von Prozesshandlungen ..... - 68 -
V) Der angelsächsische Rechtskreis ..... - 71 -
1) Historie des englischen Rechtskreises ..... - 72 -
a) Die Entwicklung des englischen Rechtssystems ..... - 72 -
b) Schlüsselfaktoren bei der Entwicklung des Common Law ..... - 75 -
c) Das System der writs ..... - 78 -
d) Ausgestaltung des Case Law durch die Statutes und Equity ..... - 79 -
2) Entwicklung materiellrechtlicher Ansprüche im Common Law ..... - 81 -
3) Der englische Zivilprozess und die Beteiligten ..... - 83 -
a) Das pre-trial Verfahren ..... - 83 -
b) Das englische Hauptverfahren und seine Beteiligten ..... - 85 -
4) Das Urteil des Gerichts in England ..... - 88 -
VI) Komparativistik grundsätzlicher Rechtsfragen ..... - 89 -
1) Allgemeines zur Rechtsvergleichung ..... - 89 -

2) Ausgangslage für die Rechtsvergleichung ..... - 90 -
3) Funktionale Sachfragen für die Rechtsvergleichung ..... - 91 -
VII) Formelle Wirksamkeit der unverkörperten Übertragung ..... - 92 -
1) Voraussetzungen für die wirksame Übertragung in Deutschland ..... - 93 -
a) Übertragung zivilrechtlicher Willenserklärungen ..... - 93 -
(1) Gesetzlich vorgeschriebene Form ..... - 94 -
(a) Schriftform ..... - 94 -
(b) Elektronische Form nach § 126a BGB ..... - 99 -
(c) Textform nach § 126b BGB ..... - 101 -
(2) Rechtsgeschäftlich vorgeschriebene Form ..... - 102 -
b) Übertragung behördlicher und prozessualer Willenserklärungen ..... - 104 -
(1) Übermittlung nicht bestimmender Schriftsätze ..... - 104 -
(2) Übermittlung vorbereitender bzw. bestimmender Schriftsätze ..... - 104 -
(a) Übertragung bestimmender Schriftsätze per Telefax ..... - 106 -
(b) Übertragung bestimmender Schriftsätze per Computerfax ..... - 107 -
(c) Übertragung als elektronisches Dokument ..... - 108 -
(3) Übermittlung von Entscheidungen der Behörde an den Bürger ..... - 109 -
2) Voraussetzungen für die wirksame Übertragung in Österreich ..... - 109 -
a) Ausgangslage zur Übertragung zivilrechtlicher Willenserklärungen ..... - 109 -
(1) Grundsatz: Schriftlichkeit bedeutet Unterschriftlichkeit ..... - 110 -
(2) Verkehrsanschauung im Sinne des § 886 S. 3 ABGB ..... - 112 -
b) Form und Formgebote im Lichte neuer Kommunikationsmedien ..... - 112 -
(1) Ansicht der Rechtsprechung ..... - 112 -
(2) Ansicht der Literatur ..... - 113 -
c) Bürgschaftserklärung und Garantieversprechen ..... - 114 -
(1) Begründung der Rechtsprechung ..... - 114 -
(2) Ansicht der Literatur ..... - 116 -
d) Formzweck im österreichischen Recht ..... - 120 -
(1) Schiedsvereinbarung nach §§ 583ff ABGB ..... - 120 -
(2) Rekommandiertes Schreiben gemäß § 66 GmbHG ..... - 122 -
(a) Beweisfunktion des § 66 GmbHG ..... - 123 -
(b) Signalfunktion des § 66 GmbHG ..... - 125 -
(3) Unterschrift zum Beweis der Ausstelleridentität ..... - 125 -
e) Übertragung behördlicher und prozessualer Willenserklärungen ..... - 126 -

3) Voraussetzungen für die wirksame Übertragung in England ..... - 128 -
a) Formerfordernisse bei der Übermittlung von Willenserklärungen ..... - 128 -
b) Übertragung zivilrechtlicher Willenserklärungen ..... - 131 -
c) Übertragung behördlicher und prozessualer Willenserklärungen ..... - 132 -
VIII) Zugangs- bzw. Kenntnisnahmefiktion ..... - 133 -
1) Zeitpunkt des Zugangs in Deutschland ..... - 133 -
a) Zeitpunkt des Zugangs im Privatrechtsverkehr ..... - 134 -
b) Zeitpunkt des Zugangs bei öffentlichen Einrichtungen ..... - 140 -
2) Zeitpunkt des Zugangs in Österreich ..... - 142 -
a) Zeitpunkt des Zugangs im Privatrechtsverkehr ..... - 142 -
b) Zeitpunkt des Zugangs bei öffentlichen Einrichtungen ..... - 144 -
3) Zeitpunkt des Zugangs in England ..... - 145 -
IX) Beweisbarkeit des Zugangs mittels Sende- oder Empfangsbestätigungen ..... - 147 -
1) Die Beweislast in Deutschland, Österreich und England ..... - 147 -
2) Die Beweisführung in Deutschland ..... - 149 -
a) Beweisarten in Deutschland ..... - 149 -
(1) Beweis ..... - 149 -
(2) Anscheinsbeweis ..... - 150 -
(3) Indizienbeweis ..... - 151 -
b) Das Strengbeweisverfahren in Deutschland ..... - 151 -
(1) Urkundenbeweis oder Augenscheinsobjekt ..... - 152 -
(2) Beweiskraft elektronischer Dokumente ..... - 155 -
3) Die Beweisführung in Österreich ..... - 157 -
4) Die Beweisführung in England ..... - 158 -
a) Persuasive burden of proof ..... - 159 -
b) Evidential burden of proof ..... - 159 -
5) Zwischenergebnis ..... - 160 -
X) Beweiskraft maschinell erzeugter Bestätigungen ..... - 161 -
1) Die Beweiskraft in Deutschland ..... - 161 -
a) Ansichten der Rechtsprechung zur Kommunikation mit Behörden ..... - 162 -
b) Ansichten der Rechtsprechung zur Kommunikation im Privatrechtsverkehr ..... - 163 -
(1) Bestätigung ist manipulierbar ..... - 167 -
(2) Sendebericht ist mit dem Briefverkehr vergleichbar ..... - 169 -
(3) Technische Störungen erschüttern inhaltliche Aussagekraft ..... - 170 -

(4) Voraussetzung für den Zugang ist ein ordnungsgemäßer Ausdruck ... - 171 -
(5) Entscheidung anhand des Einzelfalls ... - 171 -
c) Ansichten der Literatur ... - 172 -
(1) Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises sind erfüllt ... - 176 -
(2) Manipulationsrisiko ist als gering anzusehen ... - 178 -
(3) Höhere Übertragungssicherheit im Vergleich zum Briefverkehr ... - 180 -
(4) Ausdruck der Mitteilung für den Zugang nicht erforderlich ... - 182 -
(5) Empfangs- und Lesebestätigungen bei der Kommunikation via Email ... - 183 -
(a) Manipulationsrisiko von Empfangs- und Lesenbestätigungen ... - 183 -
(b) Zugang bedarf keines Ausdrucks beim Empfänger ... - 185 -
2) Die Beweiskraft in Österreich ... - 186 -
a) Argumente gegen einen Anscheinsbeweis von Übermittlungsbestätigungen ... - 186 -
(1) Vergleich mit der Post ... - 186 -
(2) Risiko der unleserlichen Übertragung ... - 187 -
(3) Fehler bei der Übertragung im öffentlichen Leitungsnetz ... - 187 -
(4) Risiko der Manipulation ... - 188 -
(5) Risiko der fehlerhaften Zurechnung ... - 188 -
(6) Risiko der Fehlbedienung und technische Risiken ... - 188 -
b) Argumente für einen Anscheinsbeweis von Übermittlungsbestätigungen ... - 189 -
(1) Manipulationsrisiko und Ausstelleridentität ... - 189 -
(2) Vergleich mit der Post ... - 190 -
3) Die Beweiskraft in England ... - 190 -
a) Manipulationsrisiko bei Sendeberichten ... - 191 -
b) Zurechnung von Handlungen der Erfüllungsgehilfen ... - 192 -
c) Pflichten bei der Eröffnung eines offiziellen Kommunikationsweges ... - 192 -
XI) Funktionsweise moderner Kommunikationsmedien ... - 192 -
1) Vom Morseapparat zum Fernschreiber ... - 194 -
a) Funktionsweise des Telex ... - 197 -
b) Funktionsweise des Telefax ... - 198 -
2) Vom Fernschreiber zur Email ... - 201 -
a) Funktionsweise der Email-Kommunikation ... - 202 -
b) Funktionsweise der Internet-Kommunikation ... - 205 -
c) Funktionsweise des Computerfax ... - 206 -
3) Zwischenergebnis zur technischen Funktionsweise ... - 206 -

a) Unmanipulierte Telefaxbestätigung bei direkter Übertragungsweg ..... - 206 -
b) Unmanipulierte Bestätigung bei digitaler Übertragung via Computerverbund ..... - 207 -
c) Ausdruck bei unmanipulierter Bestätigung obsolet ..... - 208 -
XII) Eigene Stellungnahme zum Beweis der unverkörperten Übermittlung und des Schriftformerfordernisses ..... - 209 -
1) Technische Risiken bei der Übertragung ..... - 210 -
a) Analoge Übermittlung beim Telefax ..... - 210 -
b) Digitale Übermittlung via Rechnernetze ..... - 211 -
2) Manipulationsrisiko bei analoger und digitaler Übermittlung ..... - 211 -
a) Analoge Übermittlung via Telefax ..... - 211 -
b) Digitale Übermittlung via Rechnernetze ..... - 213 -
3) Unverkörperte Übermittlung und Schriftformerfordernis ..... - 214 -
a) Grundsätzliches Erfordernis der Unterschriftsform ..... - 215 -
b) Unverkörperte Übermittlung der Bürgschaftserklärung ..... - 216 -
c) Gleichsetzung der Schriftform mit der Unterschriftlichkeit ..... - 219 -
XIII) Zusammenfassung und Ergebnis ..... - 220 -
1) Ergebnis zum Schriftformerfordernis ..... - 220 -
2) Ergebnis zum Anscheinsbeweis ..... - 222 -
a) Formanpassungsgesetz im deutschen Rechtskreis ..... - 224 -
b) Anscheinsbeweis im Einklang mit der E-Commerce-Richtinie ..... - 225 -
XIV) Einzelfragen ..... - 227 -
1) Anwendbares Recht für den konkreten Einzelfall ..... - 227 -
a) Die Normen des Internationalen Privatrechts ..... - 227 -
b) Das UN-Kaufrecht (CISG) ..... - 228 -
c) Das Frachtrecht (CMR) ..... - 231 -
2) Wirksame Zustellung innerhalb der Europäischen Union ..... - 232 -
3) Beweiswert gescannter Dokumente ..... - 233 -
4) Pflicht zur Bereithaltung von Empfangsvorrichtungen? ..... - 235 -
5) Pflicht zur Ausgangskontrolle ..... - 237 -
6) Pflicht zur Eingangskontrolle ..... - 239 -
7) Datenschutzrechtliche Bedenken gegen die Sendung von Eingangs- und Lesebestätigungen bei Emails? ..... - 240 -
a) Eingangsbestätigungen ..... - 240 -
b) Automatische Empfangsbestätigungen ..... - 241 -

c) Lesebestätigungen ..... - 241 -
8) Kompatibilitäts- und Update-Risiko ..... - 242 -
XV) Fazit ..... - 243 -

ANHANG

Anhang A: Hypothesen

Anhang B: Amendment No 3 of the rules of the Supreme Court

Anhang C: Abkürzungsverzeichnis

Anhang D: Literaturverzeichnis

Anhang E: Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen

I) Einleitung

Grenzüberschreitende Rechtsgeschäfte sind kein Novum. Neu jedoch ist deren Dimension. In Zuge des Abbaus der Handelsbeschränkungen nicht nur innerhalb der Europäischen Union steigt das grenzüberschreitende Handelsvolumen immer weiter an. Verständlich, dass sich die Vertragspartner bei der Übermittlung rechtlich erheblicher Mitteilungen dabei der aktuellen Technik bedienen.

Telefax, Internet und Email vereinen gegenüber den angestammten Kommunikationsmedien wie Brief oder Telefon die Vorteile der Einfachheit und Schnelligkeit bei der Übermittlung mit der Eindeutigkeit des geschriebenen Wortes. Verträge und deren Entwürfe werden ebenso per Knopfdruck verschickt wie Mängelanzeigen, kaufmännische Bestätigungsschreiben, Kündigungen oder Mahnungen. Durch die schriftliche Niederlegung können Missverständnisse, wie ein „Verhören" in einem Gespräch, zuverlässig ausgeschlossen werden. Gleichzeitig ist die Übermittlung von unterschriebenen Blättern, handschriftlichen Notizen oder Zeichnungen weitaus schneller, weniger umständlich und kostengünstiger als der Versand per Brief oder die Anreise zu einer Vertragsunterschrift.

Hieraus erklärt sich, dass bei der Übermittlung von Willenserklärungen und sonstigen Informationen die Kommunikationsmedien Telefax, Computerfax, Email und Internet im Geschäftsverkehr seit langem unverzichtbar geworden sind. Zugunsten der schnelleren Kommunikation treten aber Sicherheitsgesichtspunkte oft in den Hintergrund.

Im Konfliktfall stellt sich aufgrund der Beweislastverteilung regelmäßig die Frage nach der Rückverfolgbarkeit und der Beweisbarkeit der erfolgreichen Übermittlung von Willenserklärungen. Juristische Laien gehen dabei ohne weiteres davon aus, dass systemseitig generierte Mitteilungen wie Sende-, Empfangs- oder Lesebestätigungen vor Gericht einen Beweis erbringen können.

Zwar handelt es sich bei Telex, Telefax, Email und Internet um Übertragungstechniken, die einem weltweit einheitlichen technischen Maßstab zugrunde liegen. Dessen ungeachtet wird zur Frage nach der Beweisbarkeit der Absendung und des Empfangs in den europäischen Rechtkreisen unterschiedlich Stellung genommen. Die hieraus resultierenden „Rechtsrisiken" bei der

Eingehung und Abwicklung von Rechtsgeschäften machen dem planenden Kaufmann ex ante ebenso zu schaffen wie dem streitentscheidenden Richter ex post[1].

Die Frage nach der Beweisbarkeit stellt sich allerdings nicht nur innerhalb der jeweiligen Rechtskreise. Durch den Abbau von Handelsbeschränkungen nicht nur innerhalb der Europäischen Union erlangt diese Rechtsfrage auch im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr eine immer höhere Bedeutung. Darüber hinaus ergeben sich zwangsläufig Überschneidungen mit anderen Problematiken.

So bedürfen beispielsweise nicht wenige juristische Handlungen wie Bürgschaften oder Garantieerklärungen der schriftlichen Niederlegung. Je nach nationaler Rechtsprechung ist aber das Kriterium der Schriftlichkeit unterschiedlich ausgeformt. Es stellt sich die Frage, ob vor Gericht ein handschriftliches Original präsentiert werden muss, ob eine Unterschrift erforderlich ist oder eine Kopie, ein Telex oder Telefax ausreicht.

II) Problemstellung und Gang der Untersuchung

In der vorliegenden Dissertation werden diese Fragen eingehend untersucht. Sie dient zum einen der rechtlichen Bestandsaufnahme, zum anderen trägt sie der technischen Weiterentwicklung in den Bereichen der Telegrafie, des (Computer-) Telefax und des Internets / Email Rechnung.

Während in England die Gerichte bei Vorlage einer Sende- oder Lesebestätigung in der Regel davon ausgehen, dass die Mitteilung tatsächlich zum jeweiligen Zeitpunkt verschickt wurde und auch zugegangen ist, betrachtet die Jurisprudenz in Österreich und Deutschland die Fragestellung differenzierter. Nach letzteren reicht grundsätzlich ein „OK-Vermerk" ohne zusätzliches substantiiertes Vorbringen nicht aus, um den Beweis für den erfolgreichen Zugang der Mitteilung zu erbringen.

Daher wurden für den Rechtsvergleich die angelsächsische Rechtsordnung Englands und die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen Deutschlands und

---

1 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 24.

Österreichs ausgewählt[2]. Schon der Blick auf die rechtliche Herangehensweise und die darauf aufbauende Behandlung der Problematik in unterschiedlich aufgebauten Rechtsordnungen verspricht interessante Erkenntnisse über die funktionalen Sachfragen[3]. Desweiteren werden infolge der Globalisierung und des damit ansteigenden grenzüberschreitenden Verkehrs die Rechtskenntnisse der englischen Rechtsordnung immer wichtiger, weil die Bedeutung dieser Rechtsordnung weit über ihren nationalen Anwendungsbereich hinausreicht. Bereits heute unterliegt jeder vierte Mensch auf der Welt englischem Recht, da alle Commonwealth-Staaten dieses Recht rezipiert haben und es auch dem US-amerikanischen Recht zugrunde liegt.

Die in dieser Dissertation gewonnenen Ergebnisse sollen einen grundlegenden Beitrag liefern, der zur fortschreitenden Vereinheitlichung des Rechts innerhalb der Europäischen Union herangezogen werden kann. Die folgende Darstellung zeigt zunächst im Wege der Makrovergleichung die rechtliche Ausgangslage im angelsächsischen und im deutschsprachigen Rechtskreis auf. Anschließend werden losgelöst von Systembegriffen der jeweiligen Rechtsordnung die relevanten funktionalen Sachfragen erarbeitet.

III) Der deutsche Rechtskreis

Im deutschen Rechtskreis wird grundsätzlich zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht unterschieden[4]. Grund hierfür ist die historische Entwicklung des deutschen Rechts.

1) Historie und Aufbau des deutschen Zivilrechts

Die Ursprünge des deutschen Rechtskreises liegen im Gewohnheitsrecht, welches sich bei den altgermanischen Gerichtsversammlungen der Stämme (Thing) als mündliches Sittenrecht in Form von Rechtssprichwörtern vorformulierten Regelungen herausbildete. Es galt das Personalitätsprinzip. Nach dem damaligen

---

2 Mit der Unterscheidung zwischen der Rechtsordnung Englands und den Rechtsordnungen Deutschlands und Österreichs als „kontinentale Rechtsordnungen" dem Vorschlag *Rainers*, Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung[2] (2006) 55, folgend.

3 Vgl. hierzu *Zweigert*/*Kötz* Einführung 33.

4 Vertiefend zur Abgrenzung materielles/formelles Recht *Holzhammer*/*Roth*, Bürgerliches Recht mit internationalem Privatrecht[6] (2004) 32.

Verständnis war es nicht Aufgabe des Menschen, in die Rechtsordnung einzugreifen, Recht sollte vielmehr aus den bestehenden Normen gesprochen werden[5].

Die meist in Rechtssprichwörtern formulierten Regeln wurden alljährlich von einem gewählten rechtskundigen Rechtsprecher, den so genannten Thingmannen, vorgetragen. Soweit kein Widerspruch erfolgte, galten sie als Rechtsregeln. Nichtvorgetragenes und Widersprochenes blieben rechtsunverbindliche Sitte[6].

Diese individuellen Regelungen wurden über die Jahrhunderte weiter entwickelt und kodifiziert. Es fand schrittweise eine Territorialisierung und damit eine Abkehr vom Personalitätsprinzip statt. Mit dem Gedanken, dass das Recht eines Territoriums für alle galt, die sich in diesem Territorium aufhielten, wurden die einzelnen Stammesrechte durch die Vielzahl von Landesrechten abgelöst[7], jedoch in ihrer Vielfältigkeit beibehalten. Grund hierfür war das Fehlen einer einheitlichen politischen Ordnung in Form einer starken deutschen Reichsgewalt. Im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Ländern bestand das heutige deutsche Nationalgebiet aus einer Vielzahl von Klein- und Stadtstaaten, die alle eigene Währungen, individuelle Maße und Gewichte und selbstverständlich auch eine eigene Gesetzgebung samt Rechtsprechung hatten. Die jeweiligen Landesherren konnten ihren Macht- und Einflussbereich gegenüber dem Kaiser bis weit über das Mittelalter hinaus bewahren und damit ihre Eigenständigkeit sichern. Im Gegensatz zu den lokalen Machthabern war die Stellung und Autorität des Kaisers im Reich schwach, die Schaffung eines effektiven Beamtenapparats, einer gesamtdeutschen Reichsjustiz oder ein Reichsjuristenstand war im Mittelalter nicht durchsetzbar[8]. Die Reichszerplitterung hatte somit unmittelbar auch die Rechtszerplitterung zur Folge. Dementsprechend konnte sich auch eine Gruppierung, die ein Interesse daran gehabt hätte, die überkommenen zersplitterten Stammes- und Stadtrechte systematisch zu ordnen und zu sichten, wissenschaftlich durchzuarbeiten und so die Grundlage für ein gemeindeutsches

---

5 *Scheichl*, Das Common Law und das Zivilrecht am Beispiel des englischen und österreichischen Erbrechts (Dissertation 2001) 33.

6 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 11.

7 *Scheichl*, Common Law 33.

8 Zur (geringen) Bedeutung des Reichshofgerichts und des 1945 geschaffenen Reichskammergericht auf die Rechtsentwicklung Deutschlands vgl. *Koschaker*, Europa und das römische Recht[4] (1966) 212.

Privatrecht zu legen, nicht entwickeln[9]. Es galten u.a. Gemeines Recht, Allgemeines Landrecht (ALR), der Code civil, Badisches Recht und Sächsisches BGB, sowie eine Fülle von Partikularrechten, wie das „Jütisch Low" oder der „Sachsenspiegel".

Dies bedeutete aber nicht, dass innerhalb der einzelnen Rechtssysteme keinerlei Fortentwicklung stattfand. Noch im Mittelalter beruhte der Spruch eines Richters auf überliefertem Rechtswissen, praktischer Weisheit, Erfahrung, Sachkunde, und einer intuitiven Erfassung desjenigen, was dem Sinn des anschaulich und konkret vor Augen stehendem Lebensverhältnisses am besten entsprach. Eine solche irrationale, unreflektiert auf Traditionen zurückgreifende Rechtsfindung wurde bereits im späten Mittelalter als ungenügend angesehen, in dem die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse komplizierter, mannigfaltiger und verwickelter wurden. Da eine zunftmäßig organisierte Richter- und Anwaltschaft fehlte, die einen gedanklichen Überbau schaffen hätte können, griffen die Rechtskundigen bei der Suche nach zeitgemäßen rechtlichen Lösungen immer stärker auf die Ideenwelt des römischen Rechts zurück. Letzteres bot ein reiches Instrumentarium an Begriffen und Denkformen, mit deren Hilfe man auch schwierige Sachprobleme juristisch erfassen und zum Gegenstand verstandesmäßiger Argumentation machen konnte[10]. Römische Rechtssätze wurden insbesondere dort ergänzend herangezogen, wo die Normen des alten Rechts keine Lösung vorsahen[11]. Dieser Rückgriff wird insbesondere verständlich in Anbetracht der Tatsache, dass seit jeher enge Verbindungen zum römischen Recht bestanden. Schließlich sah man sich im deutschen Rechtsbereich in der Tradition des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation und auch der deutsche Kaiser fühlte sich als Nachfolger des römischen Kaisers. Hinzu kommt, dass deutsche Juristen in berühmten Rechtsfakultäten Oberitaliens ausgebildet worden waren und anschließend in Verwaltungen, der Kirche, der landesherrlichen Territorien und der Städte Verwendung fanden. Ende des 15. Jahrhunderts drängten sie nach und nach die ungelernten Rechtshonoratioren der früheren Zeit (des Gewohnheitsrechts) mehr und mehr auch aus der praktischen Rechtspflege und rückten selbst in richterliche Stellungen vor. Schließlich begannen auch die

---

9 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 132.
10 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 133.
11 *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte[10] (2005) 50.

deutschen Universitäten, das römische Recht in regelmäßigen Vorlesungen zu pflegen[12]. Somit waren die Rechtszersplitterung, die dem Gewohnheitsrecht anhaftende Rechtsunsicherheit und die Rückständigkeit des Prozesswesens die Hauptursachen für die Rezeption und die allmähliche Übernahme des hoch entwickelten römischen Rechts[13].

Der Ruf nach politischer Einheit wurde in Deutschland besonders nach den gegen Napoleon siegreich geführten Freiheitskriegen laut. Nachdem das alte Reich im Jahre 1806 aufgelöst und nur in der losen Form des deutschen Bundes fortgeführt wurde, gab es Pläne, das Recht – insbesondere das Zivilrecht – nach dem Vorbild Frankreichs für alle deutschen Staaten gemeinsam zu kodifizieren. *A.F. Thibaut* (1772-1840) veröffentlichte im Jahre 1814 die Schrift „*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*". *Thibaut*, Professor in Heidelberg, sah darin eine wesentliche Voraussetzung für einen demokratisch bestimmten deutschen Einheitsstaat. Die wissenschaftlich-politische Antwort auf *Thibauts* Thesen gab *F.C. v. Savigny* mit seiner Schrift aus dem Jahre 1814 „*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft*"[14], der sich bereits im Jahre 1803 mit „*Das Recht des Besitzes*" einen Namen gemacht hatte[15]. Darin betrachtete er eine Kodifikation von Rechten als unorganisch, unwissenschaftlich, arbiträr und traditionsfeindlich. Bestenfalls sei die Kodifizierung von Rechten nötig, im schlechtesten Falle verzerre oder ersticke sie eine „organische" Rechtsentwicklung. Anders als *Thibaut* brachte er dem französischen Code Civil zwar kein Gefühl der Bewunderung entgegen; das preußische ALR charakterisierte er brieflich gar als eine „Sudeley"[16]. Dennoch war er ebenso wie *Thibaut* bestrebt, eine „*…Gemeinschaft der Nation und Concentration ihrer wissenschaftlichen Bestrebungen auf dasselbe Objekt"* mittels „*… einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein seyn kann*", zu erreichen[17]. Inhaltlich fokussierte er sich wieder auf das römische Recht und stütze seine Erörterungen auf das Herzstück des römischen Quellencorpus, die

12 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 133.
13 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 13.
14 Zu finden in *Hattenauer*, Thibaut und Savigny: Ihre Programmatischen Schriften (1973) 95.
15 Und seitdem als der größte deutsche Rechtswissenschaftler gilt, vgl. *Rainer*, Rechtsvergleichung 81.
16 *Zimmermann*, Savignys Vermächtnis – Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, JBl 1998, 273.

Pandekten oder Digesten. *Savignys* Methode, der Inhalt seiner Lehren und seiner grundlegenden Erkenntnisse erfassten die gesamte deutsche Rechtswissenschaft[18] und bereiteten zusammen mit der damit aufstrebenden historischen Schule auch den geistigen Boden für einen grundlegenden politischen Wandel.

Der Weg zu einer staatsübergreifenden Rechtsvereinheitlichung wurde allerdings erst durch den Zusammenschluss der deutschen Staaten zum Deutschen Reich von 1871 frei - erst die Reichseinheit machte die Rechtseinheit möglich[19]. Die Reichstagsabgeordneten Miguel und Lasker der Nationalliberalen Partei brachten im Jahr 1873 einen[20] Antrag auf Änderung der Reichsverfassung ein, der dem deutschen Reich die Zuständigkeit für die Gesetzgebung für das gesamte Zivilrecht übertragen sollte. Durch den Reichstag und den Bundesrat wurde am 20. Dezember 1873 mittels einer Verfassungsänderung die vorher auf das Wechsel- und Obligationenrecht beschränkte Gesetzgebungskompetenz des Norddeutschen Bundes von 1867 auf das bürgerliche Recht erweitert (lex Miguel-Lasker) und einer Kommission die Ausarbeitung eines Entwurfes für ein gesamtdeutsches Zivilgesetzbuch übertragen. Dieser – sog. ersten – Kommission gehörten vor allem Richter und Theoretiker, u.a. der Pandektist Bernhard Windscheid, jedoch keine Vertreter der juristischen bzw. wirtschaftlichen Praxis an[21]. Nach ausführlichen Beratungen legte die Kommission einen ersten Entwurf eines gesamtbürgerlichen Gesetzbuches vor, der fast einhellig abgelehnt wurde. Kritisiert wurden vor allem die hölzerne und umständliche Sprache, der Doktrinarismus des Systems, die abschreckende Zahl der Gesetzesverweisungen und die Lebensfremdheit des Entwurfs[22]. Eine daraufhin eingesetzte neue Kommission bestehend aus Juristen, Nationalökonomen und Repräsentanten großer Wirtschaftsverbände veröffentlichte im Jahr 1895 einen zweiten Entwurf. Dieser wurde nach weiteren Beratungen und Änderungen schließlich durch Reichstag und Bundesrat verabschiedet und am 24.08.1896 verkündet. Am 01.01.1900 trat das deutsche BGB als das Gesetzbuch zur Regelung der Rechte

---

17 *Hattenauer*, Thibaut und Savigny 192.
18 *Rainer*, Rechtsvergleichung 83.
19 *Köhler* in Beck Texte im dtv BGB[57] (2006) XI.
20 Insgesamt musste dieser Antrag durch die beiden Abgeordneten fünfmal eingebracht werden, bevor er angenommen wurde.
21 *Wolf* in *Soergel*, Bürgerliches Recht mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen[13] (2000) Einleitung zum BGB Rz 10.
22 *Wolf* in *Soergel*, Einleitung zum BGB Rz 10.

und Pflichten der am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen in Kraft.

Dieser über 20-jährige Schöpfungsprozess „am grünen Tisch" macht die damalige Intention deutlich, ein neues Regularium aus einem Guss zu kreieren. Hierdurch sollte sowohl die bisherige ständisch-hierarchische Ordnung überwunden, als auch – nach der Kodifikationsidee des 19. Jahrhunderts – das Privatrecht als ein gedanklich geschlossenes, wissenschaftliches Rechtssystem umfassend geordnet werden[23]. Schließlich sollte durch ein allgemeingültiges Gesetz die nationale Einigung des jungen Bundesstaats gefestigt werden. Auch in Deutschland, wie in so vielen anderen Staaten des 19. Jahrhunderts, erscheint der nationale Code als unverzichtbares Element des Nationalstaates[24].

Eine inhaltliche Reform oder gar eine Änderung gesellschaftlicher Verhältnisse gehörte nicht zu den Zielvorstellungen der Gesetzesverfasser[25]. Insbesondere letztere war der Grund, warum maßgeblich auf die Erkenntnisse der bereits vorhandenen Rechtsfortbildung und damit auf das überlieferte römische Recht der deutschen Pandektenwissenschaft des 18. und 19. Jahrhunderts zurückgegriffen wurde und auch die zweite Kommission – trotz vieler Änderungen – insgesamt der Grundkonzeption und dem Sprachstil des ersten Entwurfes treu blieb[26]. Um eine abschließende und erschöpfende gesetzliche Regelung zu erreichen, die dem positivistischen Ideal der Lückenlosigkeit und der Bindung des Richters an das Gesetz verpflichtet war, sollte die Wirklichkeit mittels abstrakter Allgemeinbegriffe und formaler blutleerer Kategorien erfasst werden, die in der sozialen Realität keine unmittelbare Entsprechung haben[27]. Der Glaube an das Funktionieren dieser Kodifikationsidee beruht auf der Vorstellung, dass die konkreten Problemfälle der Vergangenheit mit denjenigen der Zukunft übereinstimmen. So formulierte man die rechtliche und systematische Ordnung des Privatrechts auf einer abstrakten Ebene, die auch künftige Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse und der Wertvorstellungen in der Gesellschaft einfangen konnte[28]. Mangel an Anschaulichkeit und Allgemeinverständlichkeit

---

23 Allgemein zur Kodifikationsidee etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit[2] (1967) 458; *Noll*, Gesetzgebungslehre (1973) 214.

24 *Honsell* in *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts (2005) 5.

25 *Heinrichs* in *Palandt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[66] (2007) Einleitung Rz 8.

26 *Wolf* in *Soergel*, Einleitung zum BGB Rz 11.

27 *Säcker* in MüKo, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[4] (2001) Einleitung Rz 19.

28 *Wolf* in *Soergel*, Einleitung zum BGB Rz 15.

wurden dabei in Kauf genommen; das BGB sollte nicht, wie das Landrecht, „weltliche Bibel" des Landvolks sein, sondern Gesetzbuch für den Rechtsanwendungsstab, der aufgrund seiner dogmatischen Ausbildung mit der abstrakten Regelungstechnik des BGB vertraut war[29].

Aus inhaltlicher Sicht wurden im Gegensatz zu historisch älteren Kodifikationen wie der französische Code civil von 1804 oder das österreichische ABGB von 1811 im deutschen BGB nicht das Eigentum, sondern das Rechtsgeschäft als systematischer Orientierungspunkt für das materielle Recht gewählt. Im Aufbau folgt das BGB der von der Pandektenwissenschaft entwickelten Systematik und unterscheidet in so genannten Büchern zwischen Schuld- (Obligationen), Sachen-, Familien- und Erbrecht[30]. Während das Familienrecht und das Erbrecht auch in der Wirklichkeit als zusammengehörig empfunden werden, orientieren sich das Sachenrecht und das Obligationenrecht einer begrifflichen, aus dem römischen Recht stammenden Unterscheidung zwischen „iura in rem" und „iura in personam"[31].

Diese Trennung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Recht hat das Abstraktionsprinzip zur Folge, dass damit zu den Grundsätzen des deutschen Zivilrechts gehört. Es besagt, dass der schuldrechtliche und der sachenrechtliche Teil des Rechtsgeschäfts strikt von einander getrennt betrachtet und behandelt werden müssen. Obwohl in einem einheitlichen Lebenssachverhalt gegründet, kann beispielsweise eine sachenrechtliche Übereignung wirksam sein, wenn das ihm zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft unwirksam ist. Bedingt durch diese Trennung sind Kauf und Eigentumsübertragung im BGB an zwei unterschiedlichen Gesetzesstellen geregelt.

Diesen vier Büchern wurden in einem fünften Buch gemeinsame Merkmale der verschiedenen Rechtsgeschäfte als Allgemeiner Teil vorangestellt. Dem Bedürfnis der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung wurde durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln wie den §§ 138, 157, 242 oder 826 BGB Rechnung getragen.

Wie bereits im ersten Kommissionsentwurf wurde der hohe pandektistische

---

29 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 20.
30 *Heinrichs* in *Palandt*, Einleitung Rz 6.
31 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 144.

Abstraktionsgrad und die damit verbundene Welt- und Lebensfremdheit kritisiert. Es blieb daher nicht aus, dass der Entwurf als vorsichtiger Abschluss des historisch Gegebenen, jedoch nicht als kühnen Anfang einer neuen Zukunft bezeichnet wurde[32]. Ausländische Rechtsgelehrte, insbesondere aus dem angloamerikanischen Rechtskreis, waren dagegen überaus angetan von dem deutschen BGB[33]. In der Folgezeit wurden u.a. in Brasilien, Griechenland, Japan, den Niederlanden und Portugal Teile der Bestimmungen des deutschen BGB mit Abweichungen übernommen[34].

Obwohl Aufbau und Systematik des BGB immer noch kritisiert werden[35], hat das BGB seine Stellung als Gesamtkodifikation des Bürgerlichen Rechts auch nach über 100 Jahren nach seinem Inkrafttreten behauptet[36]. Dessen ungeachtet hat das BGB weitreichende Änderungen erfahren[37]. Neben der richterlichen Aktivität zur Weiterbildung und Korrektur des BGB ist im letzten Jahrzehnt zunehmend die legislative Sondergesetzgebung in Gestalt privatrechtlicher Nebengesetze und die Umsetzung europäischer Richtlinien zum BGB hinzu getreten[38]. Bereits kurz nach Inkrafttreten ergänzten die Gerichte das BGB um Rechtsinstitute wie beispielsweise das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, die positive Vertragsverletzung oder die vorvertragliche Haftung (culpa in contrahendo). Neben einer Reihe von Reformgesetzen im Familienrecht (u.a. GleichberG, NehelG, AdoptG, KindRG) wurden ursprünglich außerhalb des BGB erlassene Verbraucherschutzgesetze (so etwa HausTWG, AGBG) inkorporiert und

---

32 *Zitelmann*, Zur Begrüßung des neuen Gesetzbuches, DJZ 1900, 3.

33 Nach *Schwarz* in: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung (1950) sei das Bürgerliche Gesetzbuch zwar kein Sprachkunstwerk, wohl aber „die juristische Rechenmaschine par excellence". Wer als englischer Jurist zwecks juristischer Studien zum Kontinent aufbreche, „escape's from the empire of chaos and darkness to a world that seems by comparison the region of order and light", *Austin*, Lectures on Jurisprudence[5] (1911), 58; entnommen *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 146. Ebenso *Maitland*, der das Bürgerliche Gesetzbuch bei seinem Inkrafttreten als „the best code that the world has yet seen" bezeichnet hat: „Never, I should think, has so much first rate brain power put into an act of legislation"; entnommen *Schwarz*, Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande, in: Symbolae Friburgensis in Honorem Ottonis Lenel (1935) 471. *Isele* in: Ein halbes Jahrhundert deutsches bürgerliches Gesetzbuch AcP 150 (1949) 1 bezeichnete es als „juristische Feinarbeit von außergewöhnlicher Präzision" und *Gmür* in: Das Schweizerische Gesetzbuch verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1965) als „das Privatrechtsbuch mit der präzisesten, konsequentesten Rechtssprache vielleicht aller Zeiten".

34 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 147.

35 Vgl. hierzu vertiefend *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 23.

36 *Heinrichs* in *Palandt*, Einleitung Rz 16.

37 *Stürner*, Der hundertste Geburtstag des BGB – nationale Kodifikation im Greisenalter? JZ 96, 741; *Horn*, Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch, NJW 2000, 40.

im Jahr 2002 wurde mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eine umfassende Schuldrechtsreform und Änderungen in der Verjährung auf den Weg gebracht[39].

2) Gesetzliche Ausgangslage des materiellen Rechts

Ausgangspunkt ist somit das Rechtsgeschäft als Herzstück des materiellen Rechts. Durch sie kann das Individuum seine Handlungsfreiheit betätigen, mit anderen Worten wird durch die Privatautonomie das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen verwirklicht[40]. Voraussetzung für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts oder Vertrags[41] ist somit der nach außen geäußerte, gleichgerichtete Wille von mindestens zwei Beteiligten, eine bestimmte Rechtsfolge herbeiführen zu wollen (beispielsweise der Käufer, der gegen Bezahlung eines bestimmten Geldbetrages vom Händler eine Zeitung erwerben möchte)[42]. Folglich ist diese Willensäußerung als so genannte Willenserklärung unverzichtbarer Bestandteil eines jeden Rechtsgeschäfts[43]. Obwohl weder die Privatautonomie, das Rechtsgeschäft noch die Willenserklärung gesetzlich definiert sind, wird ihre Existenz an verschiedenen Stellen im Bürgerlichen Recht vorausgesetzt[44].

Die Begründung für diese lückenhafte Normierung liegt im hohen Stellenwert der Vertragsfreiheit des mündigen Bürgers. Um der Privatautonomie größtmögliche Geltung zu verschaffen, wurden im Gesetz für Willenserklärungen im Allgemeinen lediglich die Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung normiert, um eine wirksame Erklärung überhaupt abgeben zu können. Ebenso lückenhaft wurden für Willenserklärungen der Irrtum, Störungen im Willen des Erklärenden, Form der Erklärung, Wirksamkeit erst durch Zugang, Auslegung,

---

38 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 44.
39 *Heinrichs* in *Palandt*, Einleitung Rz 10.
40 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band II: Das Rechtsgeschäft[4] (1992) § 1 1, 2.
41 Zur Vereinfachung werden im Folgenden die Begriffe Rechtsgeschäft und Vertrag synonym verwendet.
42 Siehe zur Definition der Willenserklärung BGH, Urt. v. 17.10.2000 – X ZR 97/99 (NJW 2001, 289).
43 Die Motive setzen Willenserklärung und Rechtsgeschäft gleich; entsprechend verfährt auch das Gesetz. Daran ist richtig, dass eine Willenserklärung notwendiger Bestandteil eines jeden Rechtsgeschäfts ist. Das Rechtsgeschäft erschöpft sich aber in der Regel nicht in einer Willenserklärung. Dies ist nur beim Rechtsgeschäft der einfachsten Art der Fall, wie bei der Anfechtung, Aufrechnung und der Kündigung. Im Allgemeinen gehören zum Rechtsgeschäft weitere Tatbestandsmerkmale, vgl. *Heinrichs* in *Palandt*, vor § 104 Rz 2.
44 Der Willenserklärung ist sogar mit dem 2. Titel des 3. Abschnitts im Allgemeinen Teil des BGB ein ganzer Normenblock gewidmet.

Unwirksamkeitsgründe usw. geregelt. Gleichzeitig wurde damit der Literatur und der Rechtsprechung die Ausgestaltung dieser „blutleeren" Rechtsbegriffe überlassen[45].

Dabei wird seit dem Inkrafttreten des BGB die grundlegende Frage[46], welche Elemente zum Tatbestand einer Willenserklärung gehören, vornehmlich als ein Problem des subjektiven Tatbestandes angesehen. Nur wenn alle Elemente vorhanden sind, ist eine Willenserklärung vollendet und wirksam und kann folglich auch Rechtswirkungen entfalten.

Vor Inkrafttreten des BGB wurde diese Diskussion in der Lehre des 19. Jahrhunderts noch gar nicht geführt. Diese Problematik wurde in der gemeinrechtlichen Literatur als Frage nach der Vollendung des Vertrages innerhalb des weiteren Problemkreises zum (wirksamen) Vertragsschluss eingeordnet. Erst die Untersuchungen darüber, wann die Annahme des Vertragsangebotes zum Vertragsschluss führt, verdichtete sich in der Folgezeit zu der allgemeineren Frage, in welchem Zeitpunkt eine Willenserklärung vollendet sei. Für diese letztere Fragestellung kommen im Wesentlichen vier Möglichkeiten in Betracht, denen in der Lehre des gemeinen Rechts vier Theorien des Vertragsschlusses korrespondieren[47]:

Nach der *Äußerungstheorie* tritt die Wirksamkeit der Erklärung bereits ein, wenn diese geäußert (also etwa der Brief geschrieben) wird. Nach der *Übermittlungstheorie* wird die Erklärung wirksam, wenn diese vollendet und auf den Weg gebracht (also der Brief abgeschickt oder ein Bote mit dem Schreiben entsandt) wird. Nach der *Empfangstheorie* muss die Erklärung dem Empfänger zur Wirksamkeit zugegangen sein. Nach der *Vernehmungstheorie* wird die Erklärung erst dann wirksam, wenn sie vom Empfänger sinnlich wahrgenommen wird[48]. Dementsprechend war bei der Schaffung des BGB die Frage nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen umstritten.

---

45 *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 40.

46 Ausführlich zum Theorienstreit über die dogmatische Behandlung der Willenserklärung und deren tatbestandliche Erfordernisse siehe *Hefermehl* in *Soergel*, vor § 116 Rz 6; *Kramer* in MüKo, BGB vor § 116, Rz 4, beide m.w.N.

47 *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 1 m.w.N.

48 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 7 m.w.N.

3) Die Willenserklärung und ihre Abgabe

Ein Rechtsgeschäft kann sowohl unter Anwesenden, als auch unter Abwesenden, schriftlich oder mündlich eingegangen werden. Die Natur des Rechtsgeschäfts selbst kann sich des weiteren als *streng einseitiges* Rechtsgeschäft (z.B. Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB, Auslobung nach § 657 BGB, Testament nach § 2247 BGB), als *einseitiges* Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung (beispielsweise Bevollmächtigung nach § 167 BGB, Anfechtung nach § 142 BGB, Rücktritt nach § 345 BGB, Aufrechnung nach § 388 BGB, Mahnungen nach § 284 BGB) oder als *mehrseitiges* Rechtsgeschäft (insbesondere alle Verträge) darstellen. Spiegelbildlich wird auch bei den Willenserklärungen zwischen einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung (für streng einseitige Rechtsgeschäfte), einer empfangsbedürftigen Willenserklärung (für einseitige und mehrseitige Rechtsgeschäfte) und einer Erklärung unter An- oder Abwesenden unterschieden. Das Gesetz lässt nur in Ausnahmefällen eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung genügen. In aller Regel ist eine Erklärung einer bestimmten Person gegenüber abzugeben (empfangsbedürftige Willenserklärung)[49].

Im deutschen Zivilrecht ist lediglich der Fall der Willenserklärungen unter Abwesenden gesetzlich normiert. Für Abwesende hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen die oben angeführte Äußerungstheorie und Übermittlungstheorie[50] und für die Zugangs- bzw. Empfangstheorie entschieden[51]. Nach dem Wortlaut des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird eine „*Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, ... in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht*"[52].

Somit soll nach dem Willen des Gesetzgebers für die Willenserklärung[53] unter

---

49 *Schwab*, Einführung in das Zivilrecht[15] (2002) Rz 515.

50 Infolge dieser grundsätzlichen Haltung des Gesetzes verfehlte Fiktion des mit der Schuldrechtsreform eingeführten § 312e Abs. 1 S.2 BGB, vgl. *Jauernig* in *Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar[11] (2004) § 130 Rz 4.

51 Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I (1888) 156; *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd I (1899), 438.

52 Hierbei wird – vorerst – die Voraussetzung für § 130 BGB außer Acht gelassen, ob der Empfänger für das jeweilige Übertragungsmedium (Post, Telex, Telefax, Email) einen Kommunikationsweg für rechtsgeschäftliche Erklärungen eröffnet und dies dem Absender durch Bekanntgabe der Email-Adresse oder Telex- bzw. Telefaxnummer auch bekannt gegeben hat, vgl. FN 632, 691, 848, 984.

53 Zwar regelt § 130 BGB nur das Wirksamwerden von Willenserklärungen. Wegen der

Abwesenden zwischen Abgabe und Zugang der Willenserklärung differenziert werden. Hierzu war zuerst zu klären, welche Anforderungen an die Willenserklärung selbst zu stellen sind. Darüber hinaus stellte sich die Frage, welche Regelungen Literatur und Rechtsprechung für die gesetzlich nicht normierte Willenserklärung unter Anwesenden gefunden hat und was dies für den Zugang unter Abwesenden bedeutet. Schließlich ist zu erörtern, welche Bedeutung und Reichweite der Zugang selbst hat, da dieser Bedingung für die Wirksamkeit der Willenserklärung ist.

a) <u>Das Wesen der Willenserklärung</u>

Eine Willenserklärung ist eine private (d.h. nicht öffentlich-rechtliche) Willensäußerung eines Rechtssubjekts, die unmittelbar auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist. Sie führt deswegen Rechtsfolgen herbei, weil diese als gewollt erklärt werden[54]. Zur Wirksamkeit muss die Willenserklärung bestimmte äußere und innere (subjektive) Mindestanforderungen erfüllen, um überhaupt Grundlage eines Rechtsgeschäfts sein zu können. Die äußeren Elemente betreffen das Erscheinungsbild der Erklärung (die Form im weitesten, gleichsam philosophischen Sinne), die subjektiven Elemente den Inhalt der Erklärung. Zum objektiven Tatbestand gehört jede Äußerung, die den Rechtsfolgewillen nach außen hin erkennen lässt. Die Benutzung von Wort und Schrift ist nicht erforderlich, soweit keine Formerfordernisse bestehen, können Willenserklärungen auch stillschweigend abgegeben werden (sog. beredtes Schweigen)[55]. Letztere umfassen sowohl die Willenserklärung durch schlüssiges, konkludentes Verhalten, als auch – unter bestimmten Voraussetzungen – das bloße Schweigen. Fehlt der Handlungswille, liegt schon tatbestandlich keine Willenserklärung vor[56], selbst wenn dieser „Erklärung" aus Sicht des unbeteiligten Dritten ein Erklärungswert zukommen würde.

Die inhaltlichen Mindestanforderungen an eine Willenserklärung sind nach der obigen, allgemein anerkannten Definition das Vorhandensein eines

---

übereinstimmenden Interessenlage ist die Vorschrift aber auch nach allgemeiner Ansicht auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, die empfangsbedürftig sind, analog anzuwenden, vgl. nur *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 14.

54 BGH, Urt. v. 14.09.2000 – III ZR 183/99 (BGHZ 145, 346); *Dörner* in Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar (2001), vor § 104 Rz 1, vor § 116 Rz 1.

55 *Heinrichs* in *Palandt*, vor § 116 Rz 1, 6, *Jauernig* in *Jauernig*, § 147 Rz 4.

56 weiterführend *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 45; *Heinrichs* in *Palandt*, vor § 116 Rz

Erklärungswillens und -bewusstseins, sowie eines Geschäftswillens.

Mit Erklärungswillen handelt, wer das Bewusstsein hat, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Fehlt dieses Erklärungsbewusstsein, liegt nach heute herrschender Ansicht gleichwohl eine (normativ zugerechnete) Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei verkehrsüblicher Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine (ausdrückliche oder konkludente) Äußerung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) als Willenserklärung hätte aufgefasst werden können und der Empfänger sie tatsächlich auch so verstanden hat[57]. Diese Auffassung stützt sich auf den Gesetzeswortlaut der §§ 116ff. BGB, in denen die subjektiven Elemente einer Willenserklärung durch die Regelung der Anfechtung und anderer Willensmängel erfasst sind[58]. Der Geschäftswille als Rechtsfolgewille entscheidet, welchen konkreten Rechtserfolg der Erklärende herbeiführen wollte. Besteht eine Diskrepanz zwischen dem Erklärungswillen und des nach außen hin kund getanen Verhaltens bzw. eine Diskrepanz zwischen der wissentlich und willentlich abgegebenen Erklärung und dem nach außen hin erkennbaren Rechtsfolgewillens, sind diese Willenserklärungen nach §§ 116ff. BGB direkt oder analog anfechtbar; jedoch muss der Anfechtende in diesen Fällen den Vertrauensschaden als negatives Interesse erstatten[59].

b) Abgabe der Willenserklärung[60]

Die Abgabe einer Willenserklärung erfordert nach allgemeiner Meinung ihre Äußerung, d.h. ein nach außen erkennbares Verhalten, das den Schluss auf einen Rechtsfolgewillen des Erklärenden in der Weise zulässt, dass an der Endgültigkeit seines Willens kein Zweifel mehr sein kann[61]. Da das Gesetz zwischen empfangsbedürftigen und nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen unterscheidet, gelten für beide auch unterschiedliche Rechtswirkungen. Eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung wird bereits mit einer solchen Äußerung

---

16.

57 BGH, Urt. v. 07.06.1984 – IX ZR 66/83 (BGHZ 91, 324); BGH, Urt. v. 02.11.1989 – IX ZR 197/88 (BGHZ 109; 177); *Dörner* in Handkommentar BGB, Vorbemerkung zu § 116 Rz 2.

58 *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 47.

59 *Dörner* in Handkommentar BGB, Vorbemerkung zu § 116 Rz 4.

60 Siehe hierzu *Burgard*, Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation, AcP 195 (1995) 74.

61 *Larenz*/*Wolf*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs[9] (2004) § 26 Rz 2.

wirksam. Fehlt es dagegen an einer solchen Äußerung, ist tatbestandlich schon keine Willenserklärung gegeben[62]. Ist die Willenserklärung empfangsbedürftig, setzt die Abgabe über ihre Äußerung voraus, dass der Erklärende die Erklärung in Richtung auf den Empfänger in Bewegung setzt und er bei Zugrundelegung normaler Verhältnisse mit dem Zugang beim Empfänger rechnen darf[63]. Bei Schriftstücken liegt die Abgabe gewöhnlich in der Absendung, wobei ein auf die Entäußerung gerichtetes voluntatives Element[64] unverzichtbar ist. „Abgegeben" ist daher weder ein Vertragsantrag, der im Entwurf übersandt ist, noch ein Schriftstück, das ohne den Willen des Erklärenden[65] an den Empfänger gelangt[66].

4) Entwicklung der Dogmatik zum Zugang der Willenserklärung

a) Das Kriterium der Ab- und Anwesenheit

Aus dem Gesetzeswortlaut in § 130 BGB ist zu folgern, dass für die Frage des wirksamen Zugangs[67] zwischen Anwesenden und Abwesenden zu unterscheiden ist. Hier könnte man die Ansicht vertreten, für den Zugang unter Anwesenden müssten andere Regelungen gelten als für den unter Abwesenden (argumentum e contrario).

(1) Intention des Gesetzgebers

Die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung des BGB erschließt sich in der Wirklichkeit nicht aus der normierten Regelung, sondern aus der Diskussion zur Übermittlung von Willenserklärungen unter *Anwesenden*. Aus den Motiven[68] zum Gesetzesentwurf ergibt sich, dass der Gesetzgeber für eine Erklärung unter „Anwesenden" kennzeichnend hielt, dass Abgabe und Zugang einer Erklärung zusammenfallen, während für eine Erklärung unter „Abwesenden" typisch sein sollte, dass Abgabe und Zugang auseinander fallen[69].

---

62 *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches[2] (2000) Rz 377.
63 *Walker* in *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB[31] (2007) Rz 146.
64 Dieser so genannte Entäußerungswille muss beim Erklärenden vorliegen. Darüber hinaus muss die Willenserklärung vollständig abgegeben werden; vgl. zu diesem Problemkreis *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 4.
65 Sofern beispielsweise ein auf dem Schreibtisch liegender Brief von der Haushaltsgehilfin eigenmächtig zur Post gebracht wird.
66 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 3.
67 Da die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung keines Zugangs bedarf, betreffen die nachfolgenden Ausführungen ausschließlich empfangsbedürftige Willenserklärungen.
68 Motive Bd I 156.
69 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 3.

Zu keinem Zeitpunkt aber wollte der Gesetzgeber durch die Formulierung des § 130 BGB *für Anwesende* einen wie auch immer gearteten Umkehrschluss normieren. Vielmehr sah dieser für die Übermittlung unter Anwesenden schlicht keinen Regelungsbedarf. Es ergebe sich aus der Natur der Sache, dass Willenserklärungen unter Anwesenden bereits im Moment der Abgabe wirksam würden[70]. Das Wirksamwerden von Willenserklärungen bedurfte nach dem Gesetzgeber nur insoweit einer Regelung, als aufgrund der Streckung des Übermittlungsvorgangs überhaupt eine zeitliche Diskrepanz zwischen Abgabe und Kenntnisnahme eintreten konnte[71]. Besonders deutlich wird dies in den Motiven bei der Diskussion zum Thema Erklärungen via Telefon. In diesem Fall verhandeln die Beteiligten „von Person zu Person", folglich sei diese Fallgestaltung als „unter Anwesenden" zu behandeln[72]. Dieses Ergebnis ist konsistent zu der Wertung des § 147 Abs. 1 S. 2 BGB, für den der Umstand, dass in die akustische Übermittlung ein „Mechanismus" eingeschaltet wird, bei den Vorarbeiten zu § 147 BGB ausdrücklich als unerheblich bewertet wurde[73]. Insofern sollte nach der Intention des Gesetzgebers der Zugang unter Anwesenden nach der oben dargestellten Vernehmungstheorie erfolgen[74].

Das Kriterium der Anwesenheit wurde durch *Coing* später beispielhaft anhand eines mündlichen Gesprächsverlaufs präzisiert: Danach wird unter Anwesenden dann gehandelt, „wenn die Möglichkeit besteht, dass die Abgabe der Willenserklärung mit ihrer Kenntnisnahme unmittelbar zusammenfällt", was immer dann zutrifft, „wenn bei körperlicher Anwesenheit die Mitteilung durch das Ohr sofort aufgenommen werden kann, aber auch dann, wenn trotz räumlicher Trennung der Verhandelnden eine unmittelbare sinnliche Wahrnehmung stattfindet"[75]. Hieraus ergibt sich, dass bei Anwesenden die Abgabe, der Zugang und damit auch die Kenntnisnahme des Empfängers als einheitlicher Lebensvorgang der Äußerung, Entäußerung, Empfang und Vernehmung zusammenfallen. Ausgehend von der gesetzgeberischen Intention setzte sich damit auch die Vernehmenstheorie für Willenserklärungen durch[76], welche der

---

70 Motive Bd I 156.
71 *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 17.
72 Motive Bd I 160. *Mugdan* Bd I 440.
73 *Mugdan* Bd I 690.
74 Motive Bd I 156; *Mugdan* Bd I 438.
75 Entnommen aus *Kramer* in MüKo, BGB § 147 Rz 2.
76 *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 50.

Empfänger aus dem Munde des Erklärenden durch seinen Hörsinn ohne zeitliche Verzögerung wahrnehmen konnte.

Für Erklärungen *unter Abwesenden* ist der historische Gesetzgeber mit dem § 130 BGB nur deswegen von der Vernehmungstheorie (zugunsten der Empfangstheorie) abgerückt, weil die Vernehmungstheorie den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs unter Abwesenden nicht gerecht werde[77]. Würde man auch hier die Empfangstheorie anwenden, stünde es dann zum einen wesentlich im Belieben des Empfängers, ob und vor allem wann eine an ihn gerichtete Willenserklärung wirksam wird. Zum anderen geriete der Erklärende in unüberwindbare Beweisschwierigkeiten, wenn er den internen Vorgang der Kenntnisnahme als Wirksamkeitsvoraussetzung zu beweisen hätte[78].

Zusammengefasst war die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 130 BGB, für einen Spezialfall eine bestimmte Regelung zu normieren, die von dem (damals) geltenden Grundsatz abweichen sollte. Letzterer Grundsatz wurde als so offensichtlich angesehen, dass man es nicht für nötig hielt, diesen ebenfalls zu normieren.

(2) Regelungen für den Zugang unter Anwesenden

Auch heute noch wird die Anwendung der Vernehmenstheorie für mündliche Erklärungen unter Anwesenden vertreten. Diese erfuhr allerdings im Laufe der Zeit aus Vertrauensschutzgesichtspunkten eine Einschränkung. Während nach der (reinen) Vernehmenstheorie eine Erklärung wirksam wird, wenn der Empfänger sie akustisch, nicht jedoch notwendigerweise inhaltlich richtig verstanden hat, wird nach der – von der heute herrschenden Meinung vertretenen – eingeschränkten Vernehmenstheorie die Erklärung erst dann wirksam, wenn der Erklärende nach Lage des Falles davon ausgehen kann, dass der Empfänger die Erklärung richtig verstanden hat[79]. Für die Einschränkung spreche die Möglichkeit des Empfängers, sich bei Zweifeln bei dem Empfänger durch Nachfrage zu

---

77 *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.

78 Vgl. Motive Bd I 156; *Flume* Bd II § 14, 3. Daher kam auch eine Entscheidung zugunsten der Entäußerungstheorie, die u.a. auch Windscheid vertrat, nicht in Betracht. Soweit einige Rechtsordnungen sich bis heute mit der Absendung begnügen, basiert dies auf der Erwägung, dass die regelmäßige Beförderung durch die staatliche Post gewährleistet sei, vgl. *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 8.

79 *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 12; *Flume* Bd II § 14 3; BAG, Urt. v. 27.08.1982 – 7 AZR 30/80 (NJW 1983, 2835) m.w.N.

vergewissern, ob auch der Inhalt seiner Erklärung vernommen wurde[80].

Schon früh nach Inkrafttreten des BGB übte die Literatur starke Kritik an der Unterscheidung zwischen An- und Abwesenden. Es herrschte alsbald Einigkeit, dass die für schriftliche Willenserklärungen in § 130 BGB normierte Empfangstheorie nicht nur für Abwesende, sondern auch (analog) für Anwesende gilt[81]. Hieraus folgt, dass § 130 BGB auch auf unter Anwesenden übergebene schriftlich niedergelegte Willenserklärungen anzuwenden ist. Stets ist Zugang mit Aushändigung an den Empfänger zu bejahen, wenn der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück erhalten und es gelesen hat[82].

Demzufolge gilt die (eingeschränkte) Vernehmenstheorie für eine mündliche Konversation unter Anwesenden, während die Zugangstheorie für schriftliche Willenserklärungen unter Anwesenden einschlägig ist.

Parallel ergibt sich hieraus, dass für die Frage, ob im jeweiligen Einzelfall die (eingeschränkte) Vernehmenstheorie oder die Zugangstheorie einschlägig ist, nicht auf das Kriterium der An- oder Abwesenheit zurückgegriffen werden kann.

(3) Regelungen für den Zugang unter Abwesenden

Auf der Suche nach anderen Differenzierungsmöglichkeiten wurde schon bald das Kriterium der Verkörperung zur Diskussion gestellt. Unter Verkörperung wird die dauerhafte (oft schriftliche) Niederlegung der Erklärungszeichen verstanden, die im Gegensatz zu der Flüchtigkeit einer unaufgezeichneten (insbesondere mündlichen) Erklärung steht[83]. Das Kriterium der Verkörperung hatte zudem den Vorteil, ein aussagekräftiges Unterscheidungsmerkmal für neuartige Übertragungsmöglichkeiten zu liefern, welche im ausgehenden 19. Jahrhundert noch unbekannt waren. Zu der bereits bekannten Übermittlung via Telefon[84] gesellten sich in der Folgezeit noch Sende- und Empfangseinrichtungen mit elektrischer[85] Funktionsweise wie Telex, Telefax, Fernschreiber oder Anrufbeantworter. Obwohl eine Unterscheidung nach einer Verkörperung der

---

80 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 21 m.w.N.
81 Vgl. nur *Oertmann*, Das Recht der Schuldverhältnisse[2] 271; BGH, Urt. v. 15.06.1998 – II ZR 40/97 (NJW 1998, 3344); BAG, Urt. v. 09.08.1984 – 2 AZR 400/83 (NJW 1985, 823); *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 13, 14.
82 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 27 m.w.N.
83 *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74 m.w.N.
84 Siehe FN 72.
85 Für die elektronischen Übertragungseinrichtungen siehe unten unter III 5).

Willenserklärung dem Gesetzeswortlaut und den Motiven nicht zu entnehmen ist, setzte sich das Kriterium der verkörperten bzw. unverkörperten Willenserklärung zur Differenzierung zwischen eingeschränkter Vernehmenstheorie (für Anwesende) und der Empfangstheorie (für Abwesende) durch[86].

Freilich war mit der Unterscheidung zwischen verkörperten und unverkörperten Erklärungen noch nicht geklärt, was im Einzelnen unter dem Zugang selbst zu verstehen ist.

b) Der Zugangsbegriff des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB

Bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese wirksam wird. Das ist nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB abhängig vom erfolgreichen Zugang. Die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Zugang vollendet ist, beantwortet das Gesetz jedoch nicht.

Festgehalten werden kann, dass die Abgabe einer Erklärung allein noch nicht bedeutet, dass diese auch beim Adressaten „angekommen" ist (geschweige denn, dass dieser sie zur Kenntnis genommen hat)[87]. Auch eine Wortlautauslegung des Gesetzes ergibt nichts anderes. „Zugang" bedeutet nicht, dass die Mitteilung automatisch durch den Empfänger wahrgenommen wird.

(1) Historische Entwicklung und Intention des Gesetzgebers

Wiederum verschweigt der Gesetzestext die eigentlichen Gedankengänge des Gesetzgebers. Auch das Spannungsfeld des Zugangs und die Wahrnehmung durch den Empfänger wurde – ebenso wie der Zugang unter Anwesenden – bereits in den Beratungen bei der zweiten Lesung des Entwurfs zum BGB diskutiert. Dabei herrschte Einigkeit, dass der Empfänger grundsätzlich erst dann Rechtsfolgen aus einer an ihn adressierten Willenserklärung erwarten darf oder muss, wenn ihm diese bekannt ist. Hierzu ist in den Motiven zu lesen: *„Die allgemeinen Grundsätze legen nahe, eine gegenüber einem Abwesenden abgegebene ausdrückliche Willenserklärung erst dann wirken zu lassen, wenn der Abwesende von derselben Kenntniß erhalten hat"*.

Auf den ersten Blick erscheint dies wie eine Umschreibung der

86 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167; *Hübner* AT Rz 418; *Schwab*, Zivilrecht Rz 516; *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 15 m.w.N.

87 Vgl. *Schwab*, Zivilrecht Rz 515.

Vernehmenstheorie für Abwesende mit anderen Worten. Auch unter Abwesenden sollte in der Regel eine Willenserklärung erst dann wirksam werden, wenn dieser die Nachricht wahrgenommen bzw. aufgenommen hat. Nach der Intention des Gesetzgebers wäre somit der erfolgreiche Zugang – als Bedingung für die Wirksamkeit der Willenserklärung – abhängig von einer Handlung des Empfängers (der Kenntnisnahme). Allerdings ergäbe sich hiernach der für die Praxis unerträgliche Zustand, dass der Empfänger über die Wirksamkeit einer Willenserklärung bestimmen könnte. Da der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen jedoch auch einen erfolgreichen Zugang bejahen wollte, wenn der Empfänger die Willenserklärung noch nicht kannte, wurde auch die Vernehmenstheorie nicht kodifiziert.

Tatsächlich sollte nach dem Gesetzgeber mit dem § 130 BGB der Gedanke der Risikozurechnung normiert werden. Diejenigen Risiken, denen eine Willenserklärung auf dem Wege vom Erklärenden zum Empfänger ausgesetzt ist, sollen dem Erklärenden zur Last fallen, während die Risiken, die nach dem Gelangen der Erklärung in den Machtbereich des Empfängers die Kenntnisnahme hindern, der Empfänger tragen soll. Diese Auffassung ist Ausdruck des rechtsethischen Prinzips der Risikoverteilung nach Gefahrenbereichen oder Sphären, wonach jedem Teil die Störungen aus dem eigenen Lebens-, Berufs-, oder Geschäftskreis zugewiesen werden, weil jeder seinem Organisationsbereich näher steht und daher Risiken vorhersehen, vermeiden, vorbeugen oder zumindest einkalkulieren kann[88].

Konsequenterweise sollte abweichend vom Grundsatz der Kenntnisnahme eine Ausnahme gelten, wonach „das Zugehen der Willenserklärung nicht notwendig voraussetzt, dass der Empfänger in der Lage ist, den Inhalt der Willenserklärung zur Kenntniß zu nehmen; es genügt vielmehr, dass die Willenserklärung in den Bereich des Empfängers gelangt ist. Es kann also in der That eine Erklärung gegen ihn wirksam werden, ohne dass er von ihr Kenntniß zu nehmen vermag"[89]. Während sich der Erklärende an seiner Willenserklärung festhalten lassen muss[90], kann sich der Empfänger grundsätzlich nicht auf eine durch ihn selbst (oder aus

88 *Wiedemann* in *Soergel*, vor § 323 Rz 20.
89 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd I (1897) 69; *Mugdan* Bd I 685.
90 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 2, 8.

seinem Sphärenbereich stammende) verursachte Verspätung des Zugangs berufen[91]. Ebenso wenig spielt die Frage, ob die Zugangsverzögerung des Empfängers verschuldet ist oder nicht, regelmäßig keine Rolle[92].

(2) Kenntnisnahme als Wirksamkeitsvoraussetzung für den Zugang

Somit kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass nach den Beratungen zum BGB für Willenserklärungen unter Abwesenden der Grundsatz gelten soll, dass die Wirksamkeit erst durch die Kenntnisnahme des Adressaten eintritt. Voraussetzung für die Kenntnisnahme ist wiederum, dass die Willenserklärung in den Bereich des Empfängers gelangt ist. Ist sie in den Bereich des Empfängers gelangt, so kann in gewissen Fällen die Kenntnisnahme ausnahmsweise entbehrlich sein. Leider wurde hierzu versäumt – obwohl in den Beratungen vorgeschlagen[93] – den klarstellenden Begriff der „Möglichkeit der Kenntnisnahme" in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen.

Auf dieser Basis entwickelte die deutsche Rechtsprechung und Literatur eine Definition für den Zugang von Willenserklärungen unter Abwesenden. Nach allgemeiner Ansicht wird nunmehr ein Überwechseln aus dem Risikobereich des Erklärenden und damit der Zugang einer Willenserklärung dann angenommen, wenn die Erklärung nach Abgabe so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass unter normalen Verhältnissen[94] damit zu rechnen ist, er könne davon

---

91 So die heute hM. Früher wurde mit einer Zugangsfiktion gearbeitet, wonach die Erklärung als zugegangen gelten sollte, sobald sie den Empfänger ohne das von ihm geschaffene Hindernis erreicht hätte (vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht[19] (2002) Rz 50.). Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Ansichten ist, dass nach der Zugangsfiktion der Erklärende gebunden ist, da kraft der Fiktion des Zugangs die Willenserklärung in jeder Hinsicht wirksam geworden ist. Nach der neueren Ansicht ist der Erklärende dagegen zunächst Herr seiner Erklärung geblieben: Er kann sich entweder weiter um wirklichen Zugang bemühen, der dann hinsichtlich der Rechtzeitigkeit zurückwirkt; er kann aber auch auf weitere Bemühungen verzichten und so die Erklärung ungeschehen sein lassen, vgl. BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97 (BGHZ 137, 205; NJW 1998, 976).

92 *Medicus*, BGB Rz 51. Eine andere Ansicht differenziert für den Fall der fahrlässigen Zugangsvereitelung und hält eine Teilung des Risikos für angemessen. So sollen dem Erklärenden Ansprüche z.B. aus cic zustehen, jedoch keine Zugangsfiktion stattfinden, vgl. *Schwab*, Zivilrecht Rz 530. Letztere Ansicht ist aber abzulehnen, da sie allzu sehr auf den Einzelfall abstellt und objektive Kriterien in den Hintergrund gedrängt werden.

93 Vgl. *Jakobs*/*Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Bd (1985) 689.

94 Die „normalen Verhältnisse" haben eine doppelte Bedeutung: Einerseits muss die Erklärung selbst auf verkehrsübliche oder individuell vereinbarte Weise in die Empfängersphäre gelangt sein (vgl. *Schwab*, Zivilrecht Rz 522). Andererseits gilt, dass der Empfänger prinzipiell die Willenserklärung zur Kenntnis nehmen muss (siehe hierzu im Folgenden unter III) 5) c) (b) und VII) 1) a)). Teilweise wird dem Empfänger anhand der Umstände des Einzelfalls eine Zeitfrist zugestanden, die sich anhand der normalen Verhältnisse bemisst und nach deren Ablauf die Willenserklärung wirksam wird, selbst wenn der Empfänger die Willenserklärung nicht zur Kenntnis genommen hat, vgl. dazu

Kenntnis nehmen. Maßgebend soll hierbei die Verkehrsanschauung sein[95]. Diese Zugangsdefinition stellt also gar nicht auf die wirkliche Kenntnisnahme ab, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem unter gewöhnlichen Umständen damit zu rechnen ist, dass der Empfänger davon Kenntnis nimmt[96].

(3) Möglichkeit der Kenntnisnahme

Obwohl diese Definition allgemein anerkannt ist, bereitet ihre konkrete Anwendung aufgrund ihrer abstrakten Begriffswelt nach wie vor große Schwierigkeiten[97]. Ist eine Willenserklärung auf üblichem Weg in die Risikosphäre des Empfängers gelangt und wurde sie nicht zur Kenntnis genommen, werden die „gewöhnlichen Umstände nach der Verkehrsanschauung" im Einzelfall für die Kenntnisnahmemöglichkeit in der Literatur höchst unterschiedlich beurteilt. Die Beurteilung der Normalität der Umstände ist zudem wiederum untrennbar in einem Stufenverhältnis mit der Frage nach der individuellen Möglichkeit der Kenntnisnahme verbunden. Folglich sind sich die verschiedenen Strömungen in der Wissenschaft uneinig, welche Voraussetzungen für die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gelten sollen.

Eine Minderansicht beruft sich zur Kenntnisnahmemöglichkeit auf Generalklauseln wie Treu und Glauben, die Verkehrssitte oder die gewöhnlichen Verhältnisse und beurteilt jeden Sachverhalt anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls[98].

Andere Ansichten versuchen, eine generelle Regelung zu finden, die für alle Fallgestaltungen einheitliche Voraussetzungen vorgibt. Schon weil der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Willenserklärung oft nicht nur den Erklärenden und den Erklärungsempfänger angeht, müsse für das Wirksamwerden der

---

unten unter VII) 1) a).

95 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 4; *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 2; *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 21, 27; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5; RG, Urt. v. 14.04.1920 – I 275/19 (RGZ 99, 23); BGH, Urt. v. 11.04.2002 – I ZR 306/99 (NJW 2002, 2393); BGH, Urt. v. 13.02.1980 – VIII ZR 5/79 (NJW 1980, 990); BAG, Urt. v. 08.12.1983 – 2 AZR 337/82 (NJW 1984, 1651).

96 *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 50.

97 Im Ergebnis konnten somit Literatur und Rechtsprechung die „blutleeren" Begriffe (vgl. FN 45) nicht erfolgreich ausfüllen, was aber weniger der Jurisprudenz, sondern vielmehr dem Gesetzgeber anzulasten ist. Die Legislative muss der Judikative verständliche und hinreichend konkrete Gesetze an die Hand geben. Sofern das Parlament seine Aufgaben unter dem Deckmantel der „konkreten Ausgestaltung" der Wissenschaft und Rechtsprechung überlässt, kommt es zu uneinheitlichen Auffassungen, was wiederum die Rechtsunsicherheit bei den Bürgern erhöht (siehe unten unter XV).

Willenserklärung unter Abwesenden auf einen Moment abgestellt werden, der objektiviert und deshalb der Feststellung zugänglich sei. Zudem müsse für den Erklärenden der Zeitpunkt des Wirksamwerdens seiner Erklärung grundsätzlich im Voraus berechenbar sein[99]. Zur Präzisierung dieser Ziele wurde das Kriterium des „Herrschafts- und Machtbereiches" entwickelt[100].

Nach einer von *v. Thur*[101] begründeten Literaturansicht ist der Zugang dann zu bejahen, wenn es ausschließlich vom Empfänger abhänge, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Hier wird die Kausalität als Kriterium des Zugangseintritts verwendet, indem dieser mit Hilfe einer Conditio-sine-qua-non-Formel dahingehend definiert wird, dass der Zugang einer Erklärung erst dann vorliegen kann, wenn zu dem bisherigen Kausalverlauf keine weitere Bedingung hinzu gedacht werden muss als eine Willensbetätigung des Empfängers, um die Kenntnisnahme eintreten zu lassen. Zugang sei danach gegeben, wenn der Empfänger auf die Willenserklärung zugreifen kann, mit anderen Worten die Verfügungsgewalt über die verkörperte Willenserklärung habe[102]. Hierzu sollen auch bereitgehaltene[103] Empfangsvorrichtungen wie Empfangsboten, Briefkasten, Postfach, Email-Postfach, Anrufbeantworter[104] Telex, Telefax oder Telebrief[105] und Fernschreiber zählen[106].

Gegen den Begriff der Verfügungsmacht wird allerdings vorgebracht, er sowohl im Sinne von rechtlicher als auch im Sinne von tatsächlicher Verfügungsmacht verwendet werden kann und damit jeweils einen anderen Sinngehalt verkörpert. Die Erlangung tatsächlicher Verfügungsmacht bedeute im Allgemeinen den

---

98 *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 4; vgl. *Singer/Benedict* in *Staudinger*, § 130 Rz 37 m.w.N.

99 *Flume* Bd II § 14 3 a.

100 Protokolle, Bd II 663; RG, Urt. v. 24.11.1903 – II 148/03 (RGZ 56, 262); *Titze*, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, JherJb 47 (1904), 379, insbesondere die dortige FN. 9; vgl. *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 41.

101 *v. Thur*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd II (1914), 433.

102 Für alle *Schwab*, Zivilrecht Rz 521 und *Palm* in *Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch[11] (2004), § 130 Rz 6 und 7, ablehnend *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 42 m.w.N.

103 Vgl. zur notwendigen Widmung der Empfangsvorrichtungen ausführlich *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 49.

104 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5.

105 Der Telebrief ist eine gewöhnliche Briefsendung, bei der schriftliche Informationen auf einem Teil der Beförderungsstrecke auf fernmeldetechnischem Weg über Fernkopierer (=Telefax) zwischen Postämtern übermittelt und anschließend als Fernkopie in einer verschlossenen Umhüllung durch Postdienststellen ausgeliefert werden, vgl. Merkblatt der Deutschen Bundespost über Telebriefe, Stand Juni 1980.

106 *Palm* in *Erman*, § 130 Rz 9.

Besitzerwerb an der Erklärungsverkörperung durch den Empfänger[107], eine Erklärung könne jedoch unbestrittenermaßen auch dann zugehen, wenn sich der Absender an der Erklärungsverkörperung ausdrücklich das Eigentum vorbehält.

Dessen ungeachtet wird von der überwiegenden Ansicht mittlerweile das Kriterium des Herrschaftsbereiches für die Möglichkeit der Kenntnisnahme herangezogen[108]. Einige Vertreter dieser Ansicht schränken dieses Kriterium jedoch wiederum ein, indem sie darüber hinaus zwischen Zugang und Rechtzeitigkeit unterscheiden. Danach sei Zugang der Willenserklärung bereits dann anzunehmen, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht, während lediglich für die Rechtzeitigkeit der Willenserklärung maßgeblich sein soll, wann vom Empfänger die tatsächliche Kenntnisnahme erwartet werden kann[109]. Gegen diese Einschränkung wird vorgebracht, das nicht einzusehen sei, warum der Erklärende zwar das Risiko tragen solle, dass der Empfänger die Erklärung nicht rechtzeitig vor Ablauf mit dem Zugang zu wahrenden Frist zur Kenntnis nimmt, dem Absender andererseits aber nicht mehr die Möglichkeit eröffnet wird, die Erklärung in diesem Zeitraum zu widerrufen[110].

Die erstgenannte Meinung wendet gegen das Abstellen auf den Herrschaftsbereich ganz allgemein ein, dass auch durch die Verwendung dieses stärker abstrahierenden Begriffes nicht viel gewonnen sei. Es stelle sich nämlich für die Beantwortung des Einzelfalles dann die Frage, anhand welcher Kriterien die genaue Grenzziehung der Risikosphären zu erfolgen hat. Somit sei der Herrschaftsbereich letztlich nur eine Umschreibung der Möglichkeitstheorie mit anderen Worten[111].

Dementsprechend wird durch eine dritte Meinung vertreten, es solle die tatsächliche Verfügungsgewalt maßgeblich sein[112]. Hiergegen wird aber eingewandt, dass dies zumindest eines Besitzwillens im weiteren Sinne des

---

107 *Dilcher*, Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 154 (1955) 120.
108 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 16 m.w.N.
109 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 8; wohl auch *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 39.
110 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 16 m.w.N.
111 So *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 41.
112 RG, Urt. v. 08.02.1902 – I 348/01 (RGZ 50, 191); RG, Urt. v. 24.11.1903 – II 148/03; BGH, Urt. v. 27.01.1965 – VIII ZR 11/63 (NJW 1965, 965); BAG, Urt. v. 16.01.1976 – 2 AZR 619/74 (DB 76, 1018); *Flume* Bd II § 14, 3.

Erklärungsempfängers bedürfe, was der Gesetzgeber hingegen mit seiner Entscheidung für die Empfangstheorie gerade vermeiden wollte[113].

Da letztlich keine der angebotenen Differenzierungen völlig konsistent durchgehalten werden kann, wird auch noch diskutiert, auf eine Systematisierung ganz zu verzichten und die Empfangstheorie unterschiedslos für sämtliche Willenserklärungen heranzuziehen[114] oder auch gleich alle Schattierungen zu vertreten[115]. Hiergegen werden allerdings ebenfalls wieder Bedenken entgegengebracht, da der Gesetzeswortlaut ja ausdrücklich zwischen Erklärungen unter An- und Abwesenden unterscheide[116].

Die Beantwortung der Frage kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Denn durch technische Neuerungen und die Fortentwicklung der Elektrik zur Elektronik hat sie einen anderen Focus erhalten, wie die neuere Dogmatik zeigt.

5) Neuere Dogmatik zur (elektronischen) Übermittlung

a) Problemaufriss

Bei der Einführung des BGB beschränkten sich die Kommunikationsmöglichkeiten noch auf die mündliche Verhandlung, Bote und Brief, sowie ganz vereinzelt auf das Telefon. Im 20. Jahrhundert kamen elektrische und analoge Kommunikationsmedien wie Funk, Telex, Telefax und Anrufbeantworter hinzu. Im ausgehenden 20. Jahrhundert eröffneten sich durch die Digitalisierung neue Übertragungswege. Durch den technischen Fortschritt können Willenserklärungen über Funk, Telefon, Telex, Telefax, Btx, Videokonferenz, Email, Internet (NetMeeting, Instant messaging, Chat) übertragen werden, wobei diese Aufstellung nicht abschließend sein soll, ein Ende der rasanten Entwicklung ist nämlich nicht abzusehen[117].

Die Vorteile der Digitalisierung liegen in der Vereinheitlichung des Übertragungsmodus und der Perpetuierung. Hierdurch werden das Sendemedium und das Empfangsmedium voneinander entkoppelt. Während früher ein Fernschreiber ein Telex nur an einen anderen Fernschreiber senden konnte oder

---

113 *Hölder*, Zur Theorie der Willenserklärung (1905) 3; *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120; entnommen *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 42.
114 Vgl. *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.
115 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 2, 17, 28.
116 Vgl. *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 16.

ein Telefax eine Mitteilung an ein anderes Faxgerät, können durch den einheitlichen Standard von Nullen und Einsen heutzutage verschiedene Endgeräte Mitteilungen untereinander senden und empfangen[118]. Durch die Verwendung eines einheitlichen Übertragungsstandards wachsen die jeweiligen Datenträger und die Kommunikationsnetze immer enger zusammen. Weiterhin sind heutzutage praktisch alle digitalen Medien mit einem Speicherchip ausgerüstet. Sie bieten damit die Möglichkeit zur Nachrichtenaufzeichnung und folglich der praktisch unendlichen Wiederholbarkeit.

Diese Flexibilität in der Kommunikation bereitet aber bei der rechtlichen Einordnung immer größere Schwierigkeiten. Während früher für jede Art des Kommunikationsmittels eine mehr oder weniger plausible Regelung gefunden werden konnte, wird zukünftig eine Unterscheidung im klassischen Sinne zwischen An- und Abwesenden, bzw. verkörperter oder unverkörperter Willenserklärung immer schwieriger.

Durch die technische Fortentwicklung kann nicht mehr von der Wahl des Ausgangs-Kommunikationsmediums auf das Empfangs-Kommunikationsmedium geschlossen werden. Zwar ist unstrittig, dass die Entäußerung der elektronischen Willenserklärungen im Zeitpunkt der Eingabe des Sendebefehls stattfindet[119]. Jedoch besteht durch die digitale Technik kein Zusammenhang mehr zwischen Abgabe, Übermittlung, Zugang und Kenntnisnahme[120]. Sie können zeitgleich, unmittelbar aufeinander folgend oder

---

117 Neueste Entwicklung ist die akustische Verlesung von SMS.

118 Weitere Beispiele: Eine telefonische Mitteilung kann beim Nutzer auf einem analogen oder einem digitalen Anrufbeantworter gespeichert werden. Ebenso besteht die Möglichkeit, bei Telekommunikationsmöglichkeiten als Option zum Telefonanschluss eine Datenendeinrichtung zu mieten, die dieselben Funktionen erfüllt wie ein physisch vorhandener Anrufbeantworter im Eigentum des Nutzers. Via Email übertragene Blätter werden erst durch den Scanvorgang digitalisiert, über ein Datennetz übertragen und können anschließend wieder ausgedruckt werden, dies ist aber zur Kenntnisnahme der darin enthaltenen Nachricht nicht zwingend erforderlich. Ein Computer kann Faxmiteilungen verschicken oder empfangen, neben dem angeboten VoIP wird die Internettelefonie mittels der Software Skype der Allgemeinheit zugänglich gemacht.

119 *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995, 3; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 12; *Ultsch*, Zivilrechtliche Probleme elektronischer Willenserklärungen, DZWiR 1997, 466.

120 Besonders deutlich wird dies bei der akustischen Verlesung von SMS: Solche Short Messages werden vom Absender in dem Display seines Festnetz- oder mobilen Telefons getippt und anschließend dem Empfänger vorgelesen. Dies übernimmt der Teledienstanbieter, dessen Computer den Empfänger anruft und diesem mittels einer Computerstimme die Mitteilung vorliest. Sofern der Absender die Botschaft nach 22.00 Uhr erstellt, wird der Empfänger erst am nächsten Tag angerufen. Da der Computer nicht

mit einer beliebigen Zeitspanne voneinander getrennt erfolgen.

b) Auffassung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung

Zur Beantwortung der Frage nach dem Zugang und damit nach der An- oder Abwesenheit wird auch bei den neuen Kommunikationsmedien überwiegend auf die Begrifflichkeit „verkörpert" oder „unverkörpert" abgestellt.

Somit soll auch bei den elektronischen Medien unterschieden werden, ob eine verkörperte oder unverkörperte Nachricht vorliegt. Da sich diese Frage aufgrund der Digitalisierung nicht mehr anhand des Kommunikationsmediums oder der Übertragungstechnik ableiten lässt, wird eine Art Gesamtbetrachtung angestellt: Losgelöst von den theoretischen Möglichkeiten des bzw. der Kommunikationsmedien und den tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalls werden die verschiedenen Übertragungsmöglichkeiten in das vom Gesetz vorgegebene Schema „anwesend" bzw. „abwesend" eingeordnet. Maßgebliches Kriterium scheint hierbei im Hinblick auf den Zugang die „übliche" Verwendung des Kommunikationsmediums auf Seiten des Empfängers aus Sicht eines externen Dritten zu sein. Während die Art und Weise der Datenübertragung eine untergeordnete Rolle spielen soll, wird das Kriterium der Abwesenheit großzügig ausgelegt. So sollen elektronisch übermittelte Willenserklärungen im Allgemeinen als unter Abwesenden anzusehen sein, selbst wenn diese in der Regel während des Übertragungsvorgangs in elektrische Signale umgewandelt werden[121].

Konkret bedeutet dies, dass der Status der Abwesenheit für elektrische Medien (unter welche das Telex und das Telefax fallen) zu bejahen sei[122], bei welchen ein Schriftstück als Basis zur Übermittlung angefertigt wird (Telegrafie) oder zwingend[123] vorhanden sein muss (Telefax). Folglich würden solcherart versandte

---

erkennt, ob der Empfänger selbst am Telefon ist oder ein Anrufbeantworter den Anruf entgegennimmt, kann es bei der Übermittlung zu einer Verstümmelung der Nachricht oder zumindest zu einer Verzögerung bei der Kenntnisnahme des Empfängers kommen.

121 *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; *Ultsch*, Zivilrechtliche Probleme, DZWiR 1997, 466; *ders.*, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, NJW 1997, 3007; *Ernst*, Der Mausklick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, NJW-CoR 1997, 165; *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167.

122 *Greulich*, Der Fernschreiber – Rechtsfragen bei der Verwendung im Geschäftsverkehr, BB 1954, 491; *Flume* Bd II § 35 I 2; *Wolf* in *Soergel*, § 147 Rz 3; *Heinrichs* in *Palandt*, § 147 Rz 5; LG Wiesbaden, Urt. v. 03.06.1997 – 8 S 406/96 (NJW-RR 1998, 1435); *Kramer* in MüKo, BGB § 147 Rz 3.

123 Eine Ausnahme bildet das Computerfax, welches auch völlig autark von einem Schriftstück erstellt und abgesandt werden kann (nicht muss).

Botschaften erst dann in den Herrschaftsbereich des Adressaten gelangen, wenn sie auf dem Empfangsgerät ausgedruckt worden seien[124]. Dies wird mit der Wahrnehmungsfähigkeit der Nachricht begründet: Würde man alleine auf den Eingang der elektrischen Signale abstellen, müsste dies dazu führen, dass man den Zugang einer „verkörperten" Willenserklärung annehmen müsste, ohne dass beim Empfänger eine Verkörperung erfolgt sei. Solange es sich aber bei dem Erklärungsempfänger um Menschen handele, komme es für die Frage nach dem Zugang einer Willenserklärung lediglich auf dessen Kenntnisnahmemöglichkeit in seinem Machtbereich und nicht auf die Speichermöglichkeit einer Maschine an. Kenntnisnahme und Zugang seien daher erst dann möglich, wenn die für den Menschen sinnlich nicht wahrnehmbaren elektrischen Signale demoduliert worden seien und die Willenserklärung wieder in körperlicher Form, d.h. als Ausdruck oder einem entsprechendem Medium gespeichert vorliege[125].

Aber auch bei den elektronischen Medien wie Internet und Email, in denen in der Regel gerade keine Verkörperung vorliegt, wird die Klassifizierung als Willenserklärung unter Abwesenden lediglich am Rande problematisiert. Zwar wird eine Willenserklärung bei der Übermittlung via Email auf dem Bildschirm (unverkörpert) eingegeben und deren Schriftzeichen zwischen einzelnen Mailservern unverkörpert übermittelt. Ausreichend soll aber nach herrschender Ansicht sein, dass diese Schriftzeichen ausdruckbar seien[126]. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass Dateien ohne weiteres vor einem Ausdruck gelöscht werden könnten oder die Verkörperung möglicherweise nur zeitweise geschehe.

Bei den nichtverkörperten Willenserklärungen im ursprünglichen Sinne (mündlich, konkludent) fehle es nämlich gerade an dieser Perpetuierungsmöglichkeit. Auch ein etwaiger kurzfristiger Austausch von Emails zwischen den Beteiligten ändere nichts daran, dass die Kommunikation via Email als unter Abwesenden zu klassifizieren sei[127]. Unter Abwesenden erfolge die Erklärung, weil es an der räumlichen Gegenwart von Erklärendem und Erklärungsempfänger fehle und auch eine unmittelbare Dialog- und

---

124 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 13b; *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167 m.w.N.
125 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 168.
126 Vgl. nur *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 13b, wobei die Möglichkeit der Speicherung oder des Ausdrucks lediglich für die Differenzierung zwischen An- und Abwesenden herangezogen wird, jedoch nicht für die Bejahung des Zugangs!
127 *Bork* in *Staudinger*, BGB § 147 Rz 4.

Verhandlungsmöglichkeit „von Person zu Person" wie beim Telefongespräch im Sinne des § 147 Abs. 1 S. 2 BGB in der Regel nicht bestehe[128]. Nur im Rahmen einer Dialog-Kommunikation, bei der Erklärender und Erklärungsempfänger über ihre Computer im Online-Verfahren direkt miteinander verbunden kommunizieren, sei eine Analogie zum Telefongespräch gerechtfertigt und eine Erklärung unter Anwesenden anzunehmen[129]. Etwas anderes gelte auch nicht für Angebote gegenüber voll interaktionsfähigen EDV-Anlagen, die zu einer individuellen Antwort fähig und so programmiert sind, dass sie dem Kunden eine Leistung vorbehaltlos zusagen könnten[130]. Entscheidend, ob es sich um eine Erklärung unter Anwesenden handele, sei nicht die technische Möglichkeit einer umgehenden Antwort, sondern allein der unmittelbare menschliche Kontakt[131].

Die grundsätzliche Klassifizierung elektrisch oder elektronisch übermittelter Willenserklärungen als solche unter Abwesenden zwingt aber in einem Folgeschritt die Auseinandersetzung mit der Frage, ob - und wenn ja, wie - eine Willenserklärung in den Herrschafts- oder Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Die herrschende Meinung möchte hierzu wiederum auf tatsächliche Perpetuierung oder zumindest darauf abstellen, dass der Empfänger die Möglichkeit der Speicherung oder des Ausdrucks habe.

Schon am Beispiel der Telefaxtechnik wird aber nun ersichtlich, dass das Außer-Acht lassen der technischen Möglichkeiten dem Einzelfall nicht immer gerecht wird. Denn mittlerweile hat die überwiegende Anzahl der Telefaxgeräte einen Speicher, in dem Nachrichten gespeichert werden können. Auch unter den Vertretern der herrschenden Ansicht ist überaus strittig, ob ein Telefax bereits mit

---

128 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167; *Larenz*/*Wolf* § 30 Rz 47.

129 *Ernst*, Internet Willenserklärungen, NJW-CoR 1997, 165; *Heun*, Die elektronische Willenserklärung – Rechtliche Einordnung, Anfechtung und Zugang, CR 1994, 595; *Larenz*/*Wolf* § 30 Rz 45. Einer Ergänzung des § 147 Abs. 1 BGB, wie von *Schippel*, Die elektronische Form – Neue Formvorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr in FS-*Odersky* (1996), 657 vorgeschlagen, bedarf es daher nicht, vgl. *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167.

130 So aber *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; *Köhler*, Rechtsgeschäfte mittels Bildschirmtext, in: *Hübner* u.a., Rechtsprobleme des Bildschirmtextes (1986) 51; *Wolf* in *Soergel*, § 147 Rz 3; früher auch *Brinkmann*, Vertragrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext, BB 1981, 1183 (aufgegeben u.a. in: Fragen bei der Nutzung von Bildschirmtext, ZUM 1985, 337).

131 Vgl. auch *Paefgen*, Rechtsgeschäfte mittels Bildschirmtext, AfP 1991, 365; *Probandt*, Zivilrechtliche Probleme des Bildschirmtextes, Ufita 98 (1984) 9; die zu Recht darauf hinweisen, dass sich dem Interesse des Kunden an einer umgehenden Antwort auch durch eine entsprechende Bestimmung der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB Rechnung tragen lasse.

(Zwischen-) Speicherung[132] oder erst mit dem Ausdruck[133] in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein soll. Während nach der Literatur eher die Speicherung ausreichend ist, tendiert die Rechtsprechung zum tatsächlichen Ausdruck[134].

Auch ein Vergleich einer gespeicherten Telefax-Mitteilung mit einer Email ergibt eine unterschiedliche Behandlung ohne sachlichen Grund. Danach soll der Rechner des Diensteanbieters, von dem sich der Adressat die Nachricht herunterladen kann, die Funktion eines elektronischen „Postfachs"[135] haben. Da der Adressat mit seinem Passwort darüber verfügen könne, sobald die Nachricht gespeichert ist, befinde sie sich von da an in seinem Machtbereich[136]. Während jedoch das Telefaxgerät noch im tatsächlichen Herrschaftsbereich des Empfängers steht, ist dem Nutzer eines Email-Postfachs praktisch nie bekannt, wo sich der Mail-Server befindet, auf den er gerade zugreift. Völlig uneinheitlich werden nun Sachverhalte beurteilt, in denen ein Telefax als Email verschickt wird bzw. die Mitteilung per Computerfax versandt (und nicht ausgedruckt) wird.

c) <u>Andere Literaturansichten</u>

Es ist daher nicht verwunderlich, dass in neueren wissenschaftlichen Aufsätzen nicht mehr nur das Spannungsfeld des Herrschaftsbereiches, der Verfügungsgewalt und die Möglichkeit der Kenntnisnahme sowie deren Voraussetzungen diskutiert wird, sondern auch die Unterscheidung zwischen verkörperten und unverkörperten Erklärungen in Frage gestellt wird. Insbesondere letztere Unterscheidung wird in Anbetracht der modernen Kommunikationsmöglichkeiten zunehmend als irreführend und damit als ungenügend empfunden[137].

Dilcher sieht das Hauptproblem darin, dass es dem Kriterium der Verfügungsmacht nicht gelinge, den genauen Zeitpunkt des Zugangseintritts dem

---

132 *Taupitz*/*Kritter*, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch[9] § 123 Rz 29.

133 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 20.

134 Nach der Rechtsprechung verhindert beispielsweise ein Papierstau im Empfangsgerät den Zugang, während nach der herrschenden Lehre der Zugang bereits mit der Speicherung gegeben ist.

135 *Rüthers*/*Stadler*, BGB[15] (2007) § 17 Rz 46.

136 *Taupitz*/*Kritter*, Electronic Commerce, JuS 1999, 839; *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 49.

137 *John*, Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP

Absender erkennbar zu machen, da dieser sich vom Kausalverlauf beim Empfänger kein Bild machen könne. Die gegenwärtig verwendeten Termini technici wie Herrschaftsbereich oder Verfügungsmacht seien Blankettbegriffe, zu deren Nutzung keinerlei Bedarf bestehe. Ein echtes Bedürfnis auf Zulassung von Blankettnormen und Blankettbegriffen könne nur dort anerkannt werden, wo bereits alle Möglichkeiten einer exakten Tatbestandsumschreibung erschöpft sind, ohne dass ein gerechtes und sachgerechtes Ergebnis erzielt wäre[138]. Zu diesem Argument der grundsätzlichen Subsidiarität der Blankettbegriffe trete noch das praktische Bedenken hinzu, dass bei Verwendung einer solchen Definition die Frage, wann die geforderte Möglichkeit der Kenntnisnahme bestehe, niemals im Voraus beantwortet werden kann[139]. Somit seien solche Zugangsdefinitionen nur dann berechtigt und richtig, wenn eine schärfere Eingrenzung des Wirksamkeitseintritts nicht möglich sei[140].

Nach seiner Ansicht müsse vielmehr an ein Verhalten angeknüpft werden, mit dem der Empfänger die Grenze seines Machtbereichs in einer Weise markiert hat, dass der Absender annehmen konnte, vom Erreichen dieses Punktes ab werde der Empfänger das Risiko der Erklärungskenntnis tragen. Der Absender müsse sich darauf verlassen können, dass mit dem Überschreiten der durch solche Empfangsanstalten bezeichneten Grenze seine Risikoträgerschaft bezüglich der Erklärung endet und das Kenntnisnahmerisiko auf den Empfänger übergehe. Zugangskriterien seien also die vom Empfänger allgemein oder für einen bestimmten Einzelfall getroffenen, erkennbaren Anstalten zum Empfang der Erklärungsverkörperung. Zusammenfassend könne also gesagt werden, dass als exaktes und sachgerechtes Kriterium des Zugangs die vom Empfänger erkennbar für den Erklärungsempfang getroffenen Anstalten anzusehen sind. Damit ist es möglich, auf die Blankettbegriffe als Zugangskriterien zu verzichten und von ihrer Verwendung Abstand zu nehmen[141].

John möchte anstelle der Unterscheidung in verkörperte und unverkörperte Erklärungen zwischen gespeicherten und nicht gespeicherten Erklärungen

---

184 (1984) 385; *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.

138 *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120.

139 *Titze*, Willenserklärungen, JherJb 47, 383.

140 *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120.

141 *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120.

differenzieren[142]. Gespeichert seien solche Erklärungen, die – losgelöst von ihrer optischen Erscheinungsform[143] – in irgendeiner Art und Weise perpetuiert sind. Der Empfänger habe nach Erlangung der Verfügungsgewalt die Möglichkeit, sich diese – gleichsam einer Rückfrage – erneut ins Bewusstsein rufen zu können[144]. Da nicht gespeicherte Willenserklärungen vom Adressaten bei Verständigungsproblemen nicht nochmals abgerufen werden könnten, solle hier das Transport- und Verlustrisiko anders beurteilt werden als bei gespeicherten Willenserklärungen[145]. Ungespeicherte Willenserklärungen sollten daher als Willenserklärungen unter Anwesenden gelten und somit nach der eingeschränkten Vernehmenstheorie wirksam werden. Gespeicherte Willenserklärungen seien als Willenserklärungen unter Abwesenden zu behandeln, die erst mit „Abruf" der in dem Trägermedium enthaltenen Nachricht wirksam werden. Keine Rolle spiele dagegen, ob der Empfänger die Willenserklärung anschließend modifiziert (indem er beispielsweise eine Email ausdruckt).

Die Differenzierung in gespeicherte und nicht gespeicherte Willenserklärungen wurde von großen Teilen der Literatur positiv aufgenommen, wenngleich die Unterscheidung anhand der Speicherung diejenige nach der Verkörperung nicht abgelöst hat, sondern vielmehr als zusätzliches Unterscheidungskriterium angewandt wird[146]. Innerhalb dieser Literaturströmung wird wiederum zum Teil für die nicht gespeicherte Willenserklärung unter Abwesenden (die Übermittlung durch Boten) die eingeschränkte Vernehmenstheorie für einschlägig erachtet[147], während eine andere Ansicht den Empfangsboten als „personifizierte Empfangseinrichtung" ansieht[148] und auf diese Konstellation die Empfangstheorie anwenden möchte. Eine Paralleldiskussion ergibt sich für beide Ansichten für die Frage, ob eine durch optische oder akustische Signale übermittelte Erklärung als unverkörperte Erklärung unter Abwesenden einzuordnen ist.

Aufbauend auf dem Gedankengang der gespeicherten Willenserklärung vertritt

---

142 *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.
143 Also nicht nur Schriftstücke, sondern auch Mitteilungen auf dem Anrufbeantworter oder Datenpakete auf Diskette oder MemoryStick.
144 *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.
145 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 28.
146 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 18; wohl auch *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 3.
147 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 30.
148 BGH, Urt. v. 15.03.1989 – VIII ZR 303/87 (NJW-RR 1989, 757), *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385; *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 16a.

Burgard[149] die Ansicht, dass einzig das Kriterium der Speicherungsmöglichkeit im weitesten Sinne heranzuziehen sei. Die Abgrenzung der verschiedenen Risikosphären ergebe, dass der Erklärende das Transportrisiko, aber auch nur dieses, zu tragen habe. Unstrittig ist, dass der Transport der Erklärung erst dann endgültig abgeschlossen ist, wenn die Erklärung vollständig in den Bereich des Empfängers gelangt ist. Habe der Erklärende aber das Transportrisiko zu tragen, dann kann der Risikoübergang erst mit vollständigem Abschluss des Transports eintreten. Folglich finde nach *Burgard* der Risikoübergang erst, aber auch schon mit dem vollständigen Gelangen der Erklärung in den Bereich des Empfängers statt. Eine elektronisch übermittelte Willenserklärung soll damit schon dann zugehen, wenn die in elektrische Signale umgewandelten Daten den Übertragungsweg verlassen haben und über eine Schnittstelle hinweg vollständig in die elektronische Empfangsvorrichtung gelangt sind[150]. Der Empfänger habe somit gemäß § 130 BGB nicht nur das Kenntnisnahmerisiko, sondern auch das Speicher- und Abrufrisiko zu tragen. Gleichzeitig bedeutet dies, dass auf das Erfordernis der Kenntnisnahmemöglichkeit verzichtet wird. Werde die Erklärung nach dem Signaleingang aufgrund eines Fehlers der Empfängeranlage nicht oder nur fehlerhaft ausgedruckt bzw. gespeichert, so hindere dies den Zugang nicht, da der Erklärende aufgrund der Wahl des Übermittlungsweges zwar das Transportrisiko zu tragen habe, die Funktionstüchtigkeit der Empfangseinrichtungen jedoch aufgrund des fehlenden Einflusses des Erklärenden hierauf in den Risikobereich des Empfängers falle[151].

Auch *Flume* trennt zwischen Zugang und Kenntnisnahme; der Zugang soll schon mit dem Eintritt in den Empfängerbereich vollendet sein, nur für die Fragen der Rechtzeitigkeit soll zusätzlich der Zeitpunkt der zumutbaren Kenntnisnahme beachtet werden[152]. Kritisiert wird an dieser Ansicht, dass diese mit Wortlaut und Zweck des § 130 BGB unvereinbar sei. Ob die Möglichkeit zur Kenntnisnahme

---

149 *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.

150 Ebenso *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Fritzemeyer*/*Heun*, Rechtsfragen des EDI, CR 1992, 129; *Mehrings*, Vertragsabschluss im Internet – Eine Herausforderung für das „alte" BGB, MMR 1998, 30 und auf der Grundlage der eingeschränkten Vernehmungstheorie *Tschentscher*, Beweis und Schriftform bei Telefaxdokumenten, CR 1991, 141. Offengelassen von BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (NJW 1995, 665; BB 1995, 221; WM 1995, 341).

151 *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74; *ders.*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222); *Däubler*, Zivilrecht I (1997) Rz 593; *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

bestand, sei vielmehr unter Zugrundelegung der „gewöhnlichen" Verhältnisse zu beurteilen[153]. Zudem könne die abgegebene Willenserklärung bereits wirksam werden, selbst wenn der Adressat diese noch gar nicht kenne. Hieraus folge, dass die Erklärung vor Kenntnisnahme des Empfängers nicht mehr gemäß § 130 Abs. 1 S.2 BGB widerrufen werden könne und der Erklärende dadurch in seinen Rechten beschnitten werde[154].

Hiergegen wendet ***Burgard*** ein, dass zur Verwirklichung der gesetzlichen Risikoverteilung der Zeitpunkt der Möglichkeit zur Kenntnisnahme mit dem Zeitpunkt der Möglichkeit zur fortgesetzten Verfügbarkeit gleichzusetzen sei. Dies ergebe sich aus der Interpretation der gesetzgeberischen Intention und der damit zugrunde liegenden Abgrenzung nach Risikosphären. Da alleine diese als Maßstab anzuwenden seien, folge konsequenterweise zugleich, dass eine Unterscheidung zwischen An- und Abwesenden nicht mehr zeitgemäß sei. Konkret wäre nach ***Burgard*** ein Zugang dann anzunehmen, wenn elektronische Daten im Empfangsspeicher sind, der Brief in den Briefkasten eingeworfen oder die mündliche Erklärung in das Gedächtnis des Empfängers gelangt (und dort quasi „gespeichert") sei.

Eine weitere Ansicht[155] steht den Ausführungen ***Burgards*** nicht unbedingt ablehnend gegenüber, versucht diese aber vor allem für die neueren Kommunikationsmedien im Lichte des § 130 BGB zu interpretieren. Unter Zugrundelegung der Intention des Gesetzgebers könne sich eine zeitgemäße Abgrenzung zwischen An- und Abwesenden unter Zugrundelegung des „direkten Übermittlungskontaktes" ergeben, sofern man bei der Unterscheidung zwischen An- und Abwesenden eine zeitliche Komponente mit einbezieht[156].

(a) Willenserklärung unter Anwesenden im Lichte neuer Kommunikationsmedien

Charakteristisch für die Anwesenheit sei, dass die Zeitspanne zwischen Abgabe der Willenserklärung durch den Erklärenden und deren Zugang beim Empfänger so schnell vonstatten gehe, dass diese als unerheblich anzusehen ist.

---

152 *Flume* Bd II § 14, 3.
153 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5.
154 *Medicus*, BGB Rz 46.
155 *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 21.
156 Statt vieler *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.

Unter diesen Bedingungen fielen die Abgabe und Zugang einer Erklärung – unabhängig vom benutzten Kommunikationsmedium – zusammen. Zu beachten sei zudem, dass ein solcher direkter Übermittlungskontakt aber nicht „per se", bestehe, sondern zuerst einmal zwischen den Beteiligten aufgebaut werden müsse. Dies geschehe in der Regel durch Äußerungen schriftlicher oder mündlicher Art, welche dazu dienen, zweifelsfrei festzustellen, ob es sich bei dem „Gegenüber" um die Person handelt, mit der man Informationen austauschen möchte. Dies könne bei einer Konversation von Angesicht zu Angesicht durch gegenseitiges schlichtes Erkennen, Augenkontakt, Begrüßung oder Händeschütteln erfolgen, am Telefon oder bei Chat ist dies die Kombination der gewählten Nummer oder des Chat-Nicks in Verbindung mit einer gesprochenen oder geschriebenen Begrüßung. In jedem Fall aber muss für beide Parteien erkenntlich ein gegenseitiges „Sich-wahrnehmen" vorliegen, in dem jede Partei der jeweils anderen erkannt und die Bereitschaft zur Abgabe oder Aufnahme von Willenserklärungen signalisiert hat. Ist dies geschehen, kann die Willenserklärung durch einen direkten Übermittlungskontakt übermittelt werden.

Nach der Übermittlung bedürfe dieser direkte Übermittlungskontakt aber auch einer ordentlichen Beendigung. Alle Beteiligten müssen jeweils erkennen können, dass der andere aus seiner Sicht alle Informationen übermittelt hat und den Informationsaustausch für beendet betrachtet. Dies ergibt sich wiederum aus den Lebensumständen. Normalerweise verabschieden sich Anwesende voneinander, wenn sie ein Gespräch für beendet betrachten. Sollten für einen Beteiligten noch Fragen offen sein, wird er spätestens zu diesem Zeitpunkt noch einmal nachfragen oder irgendeine andere Reaktion zeigen, dass für ihn noch nicht „alles klar" ist. Signalisiert der Empfänger, dass er keine weiteren Fragen hat, so kann der Erklärende mangels anderer erkennbarer Umstände davon ausgehen, dass ersterer die Nachricht verstanden hat. Die Willenserklärung ist somit nach der Vernehmungstheorie wirksam geworden[157], wenn der Empfänger nicht taub ist oder die Mitteilung aufgrund sprachlicher Unkenntnis nicht verstehen konnte[158].

Analysiere man weiterhin das Wesen dieses direkten Übermittlungskontakts, so falle auf, dass das ausschlaggebende Kriterium die Rückfragemöglichkeit des

157 Diese Wertung ist im Interesse des Verkehrsschutzes zugunsten des Erklärenden zu treffen.
158 *Rüthers*/*Stadler*, § 17 Rz 50a; *Heinrichs* in *Palandt,* § 130 Rz 14.

Adressaten der Willenserklärung sei. Dies könne auch schon aus der bisherigen Diskussion zur (eingeschränkten) Vernehmungstheorie abgeleitet werden. Analog der Begründung der herrschenden Ansicht zur Ablehnung der reinen Vernehmungstheorie und Befürwortung der eingeschränkten Vernehmungstheorie habe der Empfänger die Pflicht zur Rückfrage, wenn er daran zweifelt, ob der Empfänger die Botschaft richtig verstanden hat. Dies folge aus den Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes der Vertragspartner und damit die Redlichkeit der Beteiligten im Rechtsverkehr[159]. Schließlich muss der Wortsinn des direkten Übermittlungskontaktes darüber hinaus bedeuten, dass der Erklärungsempfänger diese Information über dasselbe Kommunikationsmittel dem Erklärenden übermitteln können muss.

(b) Willenserklärung unter Abwesenden im Lichte neuer Kommunikationsmedien

Für die Abwesenheit ergebe die teleologische Auslegung dagegen, dass diese determiniert ist durch einen Zustand „ab sens", bei dem die sinnliche Wahrnehmung des jeweiligen Gegenübers also ausgeschlossen ist.

Der Zugang und die Kenntnisnahme werden aus der interessengerechten Risikoverteilung fingiert, sofern ihm die Miteilung unter normalen Umständen zuging und er sie trotz seiner Möglichkeit nicht sinnlich wahrgenommen hat oder diese in seinem Risikobereich unterging[160]. Letzteres könne eintreten, wenn die Willenserklärung solche Personen oder Vorrichtungen erreicht habe, die typischerweise für den Empfang von Willenserklärungen vorgesehen sind. Gleiches gelte aus Verkehrsschutzgesichtspunkten, wenn der Empfänger die Annahme einer Nachricht unberechtigt verweigert oder ihren Zugang vereitelt hat[161]. Voraussetzung bei der Abwesenheit sei, dass ein direkter Übermittlungskontakt nicht gegeben, der Empfänger somit „ab sens" ist und dementsprechend Zugang und Kenntnisnahme auseinander fallen.

Für Anwesende ergebe sich im Gegenzug, dass auch andere Willenserklärungen, die nicht direkt durch den Hörsinn des Empfängers aus dem Munde des Erklärenden aufgenommen werden, als unter Anwesenden zu betrachten sind. Maßgeblich sei lediglich ein einheitlicher Lebensvorgang, in dem Äußerung,

---

159 Ein Grundgedanke, der vor allem aus den §§ 133, 157, 242 BGB ersichtlich wird.
160 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 19 m.w.N.
161 BGH, Urt. v. 27.01.1965 – VIII ZR 11/63; *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120.

Entäußerung, Empfang und Vernehmung zusammenfallen. Dies sei beispielsweise beim Chat im Internet gegeben, denn die Übermittlung brauche nicht notwendig akustisch, sondern könne auch optisch erfolgen. Die Übertragung eines Schriftsatzes gewährleiste dagegen keinerlei sinnliche Wahrnehmung der anderen Person und sei daher als Willenserklärung unter Abwesenden zu klassifizieren[162].

d) Gesetzesänderungen im deutschen Zivilrecht

Parallel zu der wissenschaftlichen Diskussion hat in letzter Zeit der deutsche Gesetzgeber mit einer Reihe von Gesetzesänderungen auf die modernen Kommunikationsmittel reagiert. So sieht beispielsweise § 312e Abs. 1 S. 2 BGB vor, dass der Zugang erfolgt, wenn der Empfänger unter gewöhnlichen Umständen die Erklärung abrufen kann. Mit dieser Formulierung greift der Gesetzgeber die schon früher gängige Definition auf, wonach die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein müsse, dass bei der Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen sei, er könne von der Erklärung Kenntnis nehmen[163]. Durch die Neufassung des Gesetzes wurden in § 147 BGB sonstige technische Einrichtungen dem Telefon gleichgestellt, die eine unmittelbare Kommunikation von Person zu Person ermöglichen. Entscheidend soll sein, dass ein „unmittelbarer Dialog" von Person zu Person stattfindet; das ist z.B. der Fall bei Videokonferenzen, auch bei Chats[164], bei denen Abgabe und Kenntnisnahme der Willenserklärung zusammenfallen[165].

---

162 *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 16, 18, 31, 33; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs[2] (2006) Rz 605; vgl. *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 21.

163 *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB[8] (2002) Rz 276; *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 49.

164 *Heinrichs* in *Palandt*, § 147 Rz 5; *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 50 mit Verweis auf die Begründung zur Neufassung des § 147 nach dem Formanpassungsgesetz vom 13.07.2001, BT-Drs 14/4987, BGBl I S. 1542.

165 *Rott*, Die Auswirkungen des Signaturgesetzes auf die rechtliche Behandlung von elektronischen Datenmanagement und Datenaustausch – eine Prognose, NJW-CoR 1998, 422; *Bork* in *Staudinger*, BGB § 147 Rz 4; *Jauernig* in *Jauernig*, § 147 Rz 8; a.A. *Dörner*, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002) 363; *Redeker*, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984, 2390; *Paefgen*, Forum: Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre? JuS 1988, 592; *Kramer* in MüKo, BGB § 147 Rz 3; *Mehrings* Herausforderung, MMR 1998, 30: *Fezer*, Klausurenkurs zum BGB Allgemeiner Teil. Zivilrechtliches Examinatorium[6] (2003) 85; *Armbrüster* in *Erman*, § 147 Rz 17.

6) Zwischenergebnis zur Dogmatik in Deutschland

a) Rechtliche Ausgangslage

Im alltäglichen Leben ergibt sich aus dem Wesen der Mitteilung, dass diese schriftlich oder mündlich übermittelt werden kann. Der Empfänger ist hierbei entweder an- oder abwesend. Hieraus kann allerdings aus juristischer Sicht nicht auf vier mögliche Fallalternativen anwesend-mündlich, anwesend-schriftlich, abwesend-mündlich (per Boten[166]) und abwesend-schriftlich geschlossen werden, für die jeweils andere Zugangs- und Wirksamkeitsvoraussetzungen gelten würden. Vielmehr ist anhand des Gesetzeswortlauts und der gesetzgeberischen Intention in einem ersten Schritt zwischen Anwesenden und Abwesenden zu differenzieren. Für erstere gilt hinsichtlich der Wirksamkeit die eingeschränkte Vernehmenstheorie, für letztere die Empfangs- bzw. Zugangstheorie.

b) Standpunkt der herrschenden Meinung

Ohne an dieser Stelle eine abschließende Wertung vornehmen zu wollen, kann die bisherige Diskussion zum Zugang von Willenserklärungen und die Auffassung der herrschenden Meinung wie folgt zusammengefasst werden:

Nach allgemeiner Ansicht determinierte sich der Begriff der An- und Abwesenden anhand der Beschaffenheit der Willenserklärung (verkörpert oder unverkörpert).

Bis auf Ausnahmen besteht Einigkeit darüber, dass unverkörperte Willenserklärungen als solche anzusehen sind, die unter Anwesenden übermittelt werden. Da hiernach Abgabe und Zugang als ein einheitlicher Lebensvorgang zusammenfallen, sollen diese nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie wirksam werden. Verkörperte Willenserklärungen werden nach der Zugangstheorie gemäß § 130 Abs. 1 S.1 BGB wirksam, der – entgegen seinem Wortlaut – unterschiedslos auf An- und Abwesende anzuwenden ist. Der Zugang ist dann gegeben, wenn der Empfänger den tatsächlichen Zugriff[167] auf die verkörperte Willenserklärung hat und die Nachricht zur Kenntnis genommen hat, andernfalls nach Zeitablauf und Möglichkeit zur Kenntnisnahme. Beim Zugang unter Abwesenden spielt die Betrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls

166 Ein Antrag durch oder an einen Boten ist ein solcher unter Abwesenden, jedoch ein (fern-) mündlicher Antrag durch Boten steht für Wirksamwerden einer Erklärung unter Anwesenden gleich, siehe *Jauernig* in *Jauernig*, § 147 Rz 8.

eine große Rolle, hierzu wird auf die Verkehrsanschauung abgestellt.

Mit Ausnahme von Instant-messaging oder dem Chat bei der Computernutzung werden Telefaxe, Emails oder Mausklicks wie Willenserklärungen unter Abwesenden behandelt. Sie gelten als in dem Moment zugegangen, in dem sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt sind und von ihm in zumutbarer Weise zur Kenntnis genommen werden können.

Damit sind die hier behandelten Willenserklärungen grundsätzlich nicht als unverkörperte Willenserklärungen zu klassifizieren. Sie werden lediglich unverkörpert übermittelt, sind aber ansonsten in der Regel als verkörperte Willenserklärungen zu behandeln.

c) Neuere Literaturansichten

Neuere Strömungen in der Literatur sehen die bisherige Unterscheidung in verkörperte bzw. unverkörperte Willenserklärungen als nicht mehr zeitgemäß an. Nach ihrem Dafürhalten ging der Gesetzgeber davon aus, dass eine Willenserklärung unter Anwesenden übermittelt werde, wenn zwischen diesen ein direkter Übermittlungskontakt bestehe. Ein solcher sei dann anzunehmen, wenn der Erklärungsempfänger die Möglichkeit habe, unverzüglich nach Zugang der Mitteilung mit dem Erklärenden über dasselbe Kommunikationsmedium zu kommunizieren und eventuelle Rückfragen zu klären[168]. Bestehe diese Möglichkeit nicht, sei das Kriterium der Anwesenheit nicht gegeben; die eingeschränkte Vernehmenstheorie komme demgemäß nicht zur Anwendung. In jenen Fällen liege vielmehr eine Willenserklärung unter Abwesenden vor, für die gemäß § 130 BGB die Empfangs- oder Zugangstheorie gelte.

d) Abschließende Betrachtung zum Zugang im materiellen Recht

Die oben angeführte Ansicht, welche lediglich auf die sinnliche Wahrnehmung abstellt, geht in der Tat in die richtige Richtung. Der Zugang ist bereits dann erfolgreich, wenn der Empfänger die Möglichkeit zur Reaktion auf die entäußerte Willenserklärung des Absenders habe. Schließlich ist auch die Abgrenzung nach Herrschaftsbereichen in erster Linie entwickelt worden, um eine Risikogrenze für

---

167 *Schwab*, Zivilrecht Rz 521.
168 Hierzu ausführlich *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.

den Erklärungstransport darstellen zu können[169]. Diese Unterscheidung wird damit sowohl den aktuellen Anforderungen am besten gerecht und erscheint darüber hinaus auch am besten geeignet, auch zukünftige Kommunikationswege und –arten erfassen zu können. Zudem wird die ihr zugrunde liegende Begründung dem Gesetzeswortlaut und der ursprünglichen Intention der Verfasser des BGB mit dem Abstellen auf den direkten Übermittlungskontakt noch am ehesten gerecht.

Die Frage, ob die Empfangstheorie (für Abwesende) oder die – eingeschränkte – Vernehmenstheorie (für Anwesende) gilt, beantwortet sich somit anhand der Frage, ob der Erklärungsempfänger die unverzügliche Möglichkeit der Rückfrage über denselben Kommunikationsweg hat[170]. Für diese Abgrenzung spricht auch die Neufassung des § 147 BGB, in dem sonstige technische Einrichtungen dem Telefon gleichgestellt wurden, die eine unmittelbare Kommunikation von Person zu Person[171] ermöglichen, also beispielsweise Videokonferenzen oder Computerchats[172]. Im Rahmen einer solchen Dialog-Kommunikation, bei der Erklärender und Erklärungsempfänger über Ihre Computer im Online-Verfahren direkt miteinander verbunden kommunizieren, ist auch eine Analogie zum Telefongespräch gemäß § 147 BGB gerechtfertigt und eine Erklärung unter Anwesenden anzunehmen[173]. Insgesamt bemisst sich somit eine Willenserklärung unter Anwesenden danach, ob eine unverzügliche Reaktionsmöglichkeit des Empfängers über dasselbe Kommunikationsmedium möglich ist.

Hinsichtlich des Begriffes der Abwesenheit kann demzufolge festgehalten werden, dass nicht primär auf einen örtlichen, sondern vor allem auf den sinnlichen Aspekt abzustellen ist[174]. Auf die tatsächliche räumliche Beziehung

---

169 *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120.

170 Siehe auch *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167, der auf die räumliche Distanz, die Dialogmöglichkeit zwischen den Parteien und den Vergleich zum Telefongespräch nach § 147 Abs.1 S. 2 BGB abstellt.

171 Und damit sicherstellen, dass die Beteiligten ohne nennenswerten Zeitverlust miteinander kommunizieren können. Etwas anderes gilt, wenn es sich nicht um eine dialogfähige Verbindung handelt, wie beispielsweise beim Sprechen auf den Anrufbeantworter, vgl. *Schwab*, Zivilrecht Rz 517.

172 *Bork* Rz 605; *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 16, 17, 31; anderer Ansicht für Chats *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363; vgl. auch *Bork* in *Staudinger*, BGB § 147 Rz 4.

173 *Ernst*, Internet Willenserklärungen, NJW-CoR 1997, 165; *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Larenz*/*Wolf* § 30 Rz 45; *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 167.

174 Ebenso *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, § 130 Rz 18. Hiergegen aber *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120: Danach liege es in der Natur der Sache, dass Willenserklärungen ausschließlich über die Sinne in das Bewusstsein dringen können. Daher gebe dieses Abgrenzungskriterium für Willenserklärungen nichts her.

zwischen den Beteiligten kann es hierbei in anbetracht von Internet, Videokonferenzen und Email nicht ankommen[175]. Vielmehr ist die Wahrnehmung der Willenserklärung durch das Bewusstsein des Adressaten mit der Kenntnisnahme gleichzusetzen, da dies „eben das Idealziel" für den Zugang von Willenserklärungen darstellt[176]. Hierfür spricht auch, dass die früher teilweise in diese Richtung geführte Diskussion, wonach die gesetzliche Terminologie von einer räumlichen Distanz ausgehe[177], in der aktuellen Literatur nicht mehr vertreten wird[178]. Schließlich sollte ein Zugang keinesfalls einen gleichzeitigen Besitzerwerb einer Mitteilung im Rechtssinne voraussetzen[179].

Hinsichtlich des erfolgreichen Zugangs unter Abwesenden erscheint der Gedanke von *Burgard*, auf die Möglichkeit der Speicherung abzustellen, vor dem Hintergrund der neuen Kommunikationsmöglichkeiten am plausibelsten. Die Risikoverteilung nach Herrschaftsbereichen ergibt, dass ein Risikoübergang dann stattfindet, wenn die Willenserklärung vollumfänglich in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt ist und diese die Verfügungsgewalt über die Botschaft dergestalt erlangt hat, dass er sie speichern kann, d.h. die Botschaft perpetuiert ist. Liegt die Möglichkeit der Perpetuierung vor, muss weder eine tatsächliche Speicherung, noch ein Ausdruck erfolgen. Konkret bedeutet dies beispielsweise für die Nachrichtenübermittlung per Telefax, dass bei der Nutzung moderner Endgeräte der Zugang bereits mit Abschluss im Datenspeicher erfolgt ist. Findet ein direkter Ausdruck, beispielsweise bei Papiermangel, nicht statt und wird der Speicher wegen Stromausfall oder fehlerhafter Bedienung gelöscht, bevor es zum Ausdruck der Nachricht kommt, hat sich der Untergang der Nachricht in der Risikosphäre des Empfängers mit allen hieraus entstehenden rechtlichen Konsequenzen verwirklicht.

---

175 Zwar wird für das fernmündliche Gespräch teilweise angeführt, dass durch die nur partielle sinnliche Wahrnehmung ein erhöhtes Risiko von Missverständnissen bestehe. Zwar hat die Kommunikation „unter vier Augen" eine per se größere Intensität als ein bloß fernmündliches Gespräch. Das erhöhte Risiko von Missverständnissen beruht aber auf der unsicheren (flüchtigen) Form der Erklärung. Sofern aber Formfreiheit herrscht, darf es für die Wirksamkeit keine Rolle spielen, in welcher Form eine Erklärung abgegeben wird und ob die Erklärung alle Sinne oder nur den Hörsinn anspricht. Ein Zugangsproblem liegt hierin jedenfalls nicht, vgl. *Singer*/*Benedict* in *Staudinger*, § 130 Rz 20.

176 So auch *Medicus*, BGB AT Rz 276.

177 Vertiefend dargestellt bei *Brinkmann*, Der Zugang von Willenserklärungen (1984) 23, 85.

178 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 1.

179 So aber noch *Titze*, Willenserklärungen, JherJb 47, 379.

7) Das deutsche Zivilverfahrensrecht

Das Privatrecht regelt nur das zwischen einzelnen Bürgern geltende *materielle* Recht, nicht aber – vom Fall der Selbsthilfe (§§ 229, 859 BGB) abgesehen – seine Durchsetzung im Streitfall. „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" sind vor den „*ordentlichen Gerichten*" (§ 13 GVG) auszutragen. Die dafür geltenden Bestimmungen sind im Zivilprozessrecht, geregelt in der Zivilprozessordnung (ZPO) enthalten[180].

a) Historie und Aufbau des Zivilverfahrensrechts

Aufgrund der Reichszersplitterung gab es in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hauptsächlich drei große Zivilprozessrechtsgebiete; nämlich die Gebiete der (subsidiären) Geltung des gemeinen Prozesses[181], das Gebiet des preußischen Prozesses und die Gebiete des französischen Prozesses[182]. Die Rechtszersplitterung nahm außerordentlich zu, als sich um die Mitte des Jahrhunderts Hannover, Braunschweig, Oldenburg, Lübeck, Baden, Württemberg und Bayern neue Prozessordnungen gaben[183]. Infolgedessen stieg das Bedürfnis nach einer einheitlichen Prozessordnung in noch stärkerem Maße, als die Notwendigkeit eines einheitlichen (materiellen) Zivilrechts[184]. Der preußische Entwurf aus dem Jahr 1864 wurde allerdings aufgrund der Zerstrittenheit der Staaten und der damaligen Kriegswirren ebenso wenig verabschiedet wie ein Entwurf auf der Basis der hannoverschen Prozessordnung im Jahr 1866. Nach Gründung des Norddeutschen Bundes wurde im Jahr 1867 der so genannte norddeutsche Entwurf vorgelegt, welcher aber aufgrund des Krieges von 1870/71 keine Gesetzeskraft erlangte. Erst nach Gründung des Deutschen Reichs wurde im Jahr 1871 der so genannte Justizministerialentwurf veröffentlicht, welcher in der vierten Fassung am 21.12.1876 durch den Reichstag angenommen und welchem ein Tag später durch den Bundesrat zugestimmt wurde. Damit konnte die ZPO am 01.10.1879 als das Gesetzbuch zur Feststellung und Durchsetzung materieller

---

180 *Köhler* in Beck Texte im dtv BGB[57] (2006) S. X.

181 Süddeutschland, Sachsen, die sächsischen Fürstentümer, beide Mecklenburg, Schleswig-Holstein, Braunschweig, Oldenburg, Hannover, Kurhessen, Nassau, Hessen-Darmstadt rechtsrheinisch und die freien Städte.

182 Rheinpreußen, Rheinhessen, Rheinbayern, seit 1809 das Königreich Westfalen, seit 1811 das ehemalige Großherzogtum Berg.

183 *Rosenberg*/*Schwab*/*Gottwald*, Zivilprozessrecht[16] (2004) § 5 I.

184 Vgl. zum Folgenden *Hellweg*, Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilprozeß-Ordnung, AcP 61 (1878) 78.

Ansprüche in Kraft treten. Bis auf Ausnahmen[185] umfasst sie alle Vorschriften zur Durchführung des Zivilprozesses. Ebenso wie das BGB ist die ZPO in einzelne Bücher unterteilt, die nach den allgemeinen Vorschriften den Verfahrensablauf vor den Land- und Amtsgerichten (2. Buch), die Rechtsmittel (3. Buch) und weitere Verfahren detailliert regeln.

b) Der deutsche Zivilprozess und seine Beteiligten

Das deutsche Zivilverfahren ist geprägt von den Prozessgrundsätzen der Dispositionsmaxime, dem Untersuchungsgrundsatz, dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip, der freien Beweiswürdigung, dem Grundsatz der Öffentlichkeit, dem Recht auf beiderseitiges rechtliches Gehör, sowie der Prozessökonomie. Den Richter sieht das Prozessrecht als den Hauptverantwortlichen für den Prozessverlauf, der für die verbindliche Rechtsfindung zuständig ist. In seiner Arbeit ist der Richter gemäß Art. 97 Abs. 1 GG in jeder Hinsicht unabhängig (vgl. auch § 25 DRIG), was dem Schutz der rechtsprechenden Gewalt vor Eingriffen der Legislative und Exekutive dient. Gemäß § 136 ZPO ist der Richter für die Prozessleitung zuständig und führt gemäß § 278 Abs. 1 ZPO in den Sach- und Streitstand ein. Im weiteren Prozessverlauf obliegt ihm sowohl die vollständige Erhebung aller Fakten, die Erörterung des Sach- und Streitstandes, als auch die Information der Parteien über alle streitentscheidenden Tatsachen und die Stellung sachdienlicher Anträge. Als wichtiges Hilfsmittel dient dem Richter hierbei die so genannte Relationstechnik. Mit ihr werden streitige und unstreitige Parteibehauptungen gegenüber gestellt, soweit sie sich auf entscheidungserhebliche Tatsachen beziehen. Beweis wird nur über die streitigen entscheidungserheblichen Parteibehauptungen erhoben[186]. Grundsätzlich gilt im deutschen Zivilrecht zwar der Mündlichkeitsgrundsatz, wonach es Hauptaufgabe der Rechtsanwälte ist, alle relevanten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte in das Verfahren einzubringen. Mit der ZPO-Novelle von 1976[187] wurden dem Richter jedoch eine erhöhte Verantwortung für den Prozessverlauf übertragen. Durch die hieraus resultierenden Aufklärungs- und

185 Aufbau der Gerichte: GVG, Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen: ZVG, Freiwillige Gerichtsbarkeit: FGG.

186 *Langbein*, Zivilprozessvergleichung und der Stil komplexer Vertragswerke, ZVglRWiss 86 (1987), 141.

187 Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 03.12.1976 (BGBl. I S. 3281).

Hinweispflichten ist der Richter treibende Kraft des Prozesses, die Verantwortung der Rechtsbeistände am Prozessausgang wurde gleichzeitig relativiert[188].

Der Rechtsanwalt ist in erster Linie Rechtsbeistand und Interessenvertreter seines Mandanten. Seine Tätigkeit unterliegt weder staatlicher Kontrolle, noch ist er durch beamtenähnliche Treuepflichten gebunden[189]. Als beauftragter Berater und Vertreter der Rechtssuchenden hat er die Aufgabe, zum Finden einer sachgerechten Entscheidung beizutragen, das Gericht – und ebenso Staatsanwaltschaft oder Behörden – vor Fehlentscheidungen zu Lasten seines Mandanten zu bewahren und insbesondere die rechtsunkundige Partei vor der Gefahr des Rechtsverlustes zu schützen[190]. Damit ist seine Aufgabenstellung im Wesentlichen als Schutzpflicht vor der Staatsgewalt konzipiert[191], wirkt sich aber auch auf seine Pflichten bei Zivilstreitigkeiten aus. Zwar hat der Rechtsanwalt bei seiner (nationalen, aber auch grenzüberschreitenden[192]) Tätigkeit Standesregeln zu beachten und ist (unabhängiges) Organ der Rechtspflege[193]. Letztere Pflicht ist aber nicht näher umrissen. Ganz allgemein heißt es hierzu, dass die Rechtspflege auf die Integrität, Professionalität und Zuverlässigkeit angewiesen ist[194]. Ansprüche oder bestimmte Verhaltensweisen lassen sich hieraus aber nicht ableiten. So beinhaltet diese Verpflichtung beispielsweise nicht, dem Prozessgegner notwendiges Material für dessen Obsiegen zur Verfügung zu stellen[195].

---

188 *Birk*, Wer führt den Zivilprozess, der Anwalt oder der Richter? NJW 1985, 1489.

189 *Feuerich*/*Weyland*, Bundesrechtsanwaltsordnung[6] (2003) § 1 Rz 2.

190 *Kleine-Cosack*, Bundesrechtsanwaltsordnung[4] (2003) § 1 Rz 2.

191 § 1 Abs. 3 Berufsordnung; Art. 1.1 CCBE.

192 Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte.

193 § 1 BRAO. Der Umfang dieses Aufgabenbereichs ist strittig. Teilweise wird seine Abschaffung mit der Begründung gefordert, der Begriff sei unreflektiert in die BRAO übernommen worden, historisch stark vorbelastet und könne mit einer weiten Auslegung die Berufsfreiheit des Anwalts – hier insbesondere des Strafverteidigers – gefährlich weit einschränken, vgl. *Knapp*, Der Verteidiger – ein Organ der Rechtspflege? (1974), 140. Andererseits wurde mit dieser anwaltlichen Pflicht die Strafbarkeit der Geldwäsche eines Anwalts begründet, der ein Honorar entgegennimmt, obwohl er weiß, dass dies aus schwerwiegenden Straftaten herrührt, vgl. BGH, Urt. v. 04.07.2001 – 2 StR 513/00 (BGHSt 47, 68); BVerfG, Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 & 2 BvR 1521/01 (NJW 2004, 1305).

194 *Müller*, Der Rechtsanwalt als „Organ der Rechtspflege" – vom Instrument der Disziplinierung zum Argument gegen die Deregulierung, http://www.rechtsanwalts-kammer-muenchen.de/fileadmin/downloads/mitteilungen/2004_3_organ_rechtspflege.pdf (alle Quellenangaben aus dem Internet befinden sich auf dem Stand des 05.01.2008).

195 BGH, Urt. v. 26.06.1958 – II ZR 66/57 (NJW 1958, 1491); BGH, Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89 (ZZP 104, 203); *Ahrens*, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten

c) Übermittlung von Willenserklärungen in Form von Prozesshandlungen

(1) § 130 ZPO als einschlägige Norm

Nach überwiegender Ansicht ist § 130 BGB nicht auf Prozesshandlungen anzuwenden[196], für die Übermittlung von Willenserklärungen im Zivilverfahren ist vielmehr der numerisch gleiche § 130 ZPO einschlägig. Zwar stellt § 130 ZPO für vorbereitende Schriftsätze „nur" eine Soll-Vorschrift dar. Ungeachtet ihres Wortlauts sieht allerdings die Rechtsprechung die Schriftlichkeit in Form einer „Unterschriftlichkeit" für bestimmende Schriftsätze als zwingendes Wirksamkeitserfordernis an[197].

(2) Unterschriftserfordernis für Wirksamkeit

Dieser Grundsatz eigenhändiger und handschriftlicher Unterzeichnung bestimmender Schriftsätze besteht aus einer Vielzahl von uneinheitlich gehandhabten Anforderungen. Vor allem in der Art und Weise des Zustandekommens, dem Platz der Unterschrift auf dem Dokument (Abschlussfunktion), dem Zeitpunkt des Unterschreibens (Blankounterschrift), der Person des Unterschreibenden (Vertretung), des Mittels (Tinte, Kugelschreiber, Stempel, etc.) erzeugt die bisherige Rechtsprechung ein facettenreiches Bild[198]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hält eine „gewisse Großzügigkeit"[199] bei der Beurteilung von Unterschriften für angebracht und zieht im Zweifelsfall äußere Umstände (maschinenschriftlicher Zusatz[200]), besondere Sachkenntnis[201] zur Bejahung einer formgerechten Unterschrift heran; die „ungewöhnliche Strenge"[202] mancher Instanzgerichte wird kritisiert. Der Unterzeichner darf darauf vertrauen, dass seiner vorher niemals beanstandeten Unterschrift die Anerkennung

---

Partei im Zivilprozess, ZZP 96 (1983) 1. Unter Umständen kann sich jedoch ausnahmsweise eine Pflicht aus § 242 BGB (Treu und Glauben) ergeben.

196 Hat dagegen die Erklärung – wie beispielsweise die Prozessaufrechnung – eine Doppelnatur, gilt für das materiellrechtliche Wirksamwerden § 130 BGB, *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 3.

197 RG, Beschl. v. 15.05.1936 – 2/36/V 62/35 (RGZ 151, 82); BGH, Beschl. v. 14.12.1954 – V ZB 31/54 (JR 55, 266); BGH, Urt. v. 14.03.2001 – XII ZR 51/99 (NJW 2001, 1581).

198 *Greger* in *Zöller*, Zivilprozessordnung[26] (2007) § 130 Rz 7 mit einem Überblick über die einzelnen gerichtlichen Entscheidungen.

199 BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988 – 1 BvR 669/87 und 1 BvR 686/87 und 1 BvR 687, 87 (NJW 1988, 2787).

200 BGH, Urt. v. 10.07.1997 – IX ZR 24/97 (NJW 1997, 3380; MDR 1997, 1052); BGH, Beschl. v. 08.01.1997 – XII ZB 199/96 (NJW-RR 1997, 760).

201 BSG, Beschl. v. 15.10.1996 – 14 Beg 9/96 (NJW 1997, 1254, MDR 1997, 374).

202 BVerfG, Beschl. v. 24.11.1997 – 1 BvR 1023/96 (NJW 1998, 1853).

erst nach vorheriger Abmahnung versagt wird[203].

Für den Bereich des öffentlichen Rechts wurde das Erfordernis der Unterschrift für die Wirksamkeit des Schriftsatzes (bzw. Verwaltungsakts) noch weiter entkoppelt. Das BVerwG hat hierfür ganz allgemein die Formel geprägt, wonach selbst das vollständige Fehlen einer Unterschrift die Formgerechtigkeit nicht ausschließe, „wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, ergeben[204]. Diese weite Ausnahmeformel, die auch vom BSG[205] und vom BFH[206] übernommen wurde, stellt der Sache nach eine Aufgabe des Unterschriftsgrundsatzes dar[207].

(3) Formgerechter Zugang durch elektrische Kommunikationsmedien

Im Hinblick auf den Zugang tritt nach deutscher Rechtsauffassung die Form hinter die Gewährung eines größtmöglichen Schutzes des Rechtssuchenden zurück. Konkret bedeutet dies, dass die fernmeldetechnische Übermittlung von Schriftsätzen bereits früh durch die Rechtsprechung gebilligt wurde, um eine volle Ausschöpfung einer Frist zu ermöglichen[208]. Diese ist nun vollumfänglich als wirksam anerkannt, auch wenn seit jeher eine eigenhändige und handschriftliche Unterzeichnung nicht möglich war. Mitteilungen in Form eines Telegramms können telefonisch aufgegeben, als auch dem Gericht telefonisch zugesprochen werden. Letzterenfalls soll ein formgerechter Zugang jedoch nur dann vorliegen, wenn der zuständige Gerichtsbedienstete ein Protokoll über den zugesprochenen Text aufgenommen hat[209]. Notwendig, aber auch ausreichend ist beim Telegramm und beim Telex die maschinenschriftliche Wiedergabe des Namenszugs am Ende

---

203 BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988 – 1 BvR 669/87; 1 BvR 686/87; 1 BvR 687, 87; BGH, Beschl. v. 28.09.1998 – II ZB 19/98 (NJW 1999, 60); BFH, Urt. v. 16.03.1999 – X R 41/96 (NJW 1999, 2919).

204 Ständige Rechtsprechung seit BVerwG, Urt. v. 06.12.1988 – 9 C 40/87 (BVerwGE 81, 32, NJW 1988, 1175).

205 BSG, Beschl. v. 15.10.1996 – 14 BEg 9/96.

206 BFH, Urt. v. 17.12.1998 – III R 87/96 (BFHE 188, 182, NJW 1999, 1422).

207 *Greger* in *Zöller*, § 130 Rz 19, 20.

208 BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 – 1 BvR 436/01 (NJW 2001, 3473); BVerfG, Beschl. v. 03.06.1975 – 2 BvR 99/74; RG, Urt. v. 29.04.1899 – V 354/98 (RGZ 44, 369); RG, Beschl. v. 28.11.1932 – IVb 4/32 (RGZ 139, 45); RG, Beschl. v. 15.05.1936 – 2/36/V 62/35; *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit (1973), 247; *Greger* in *Zöller*, § 130 Rz 18.

209 BGH, Beschl. v. 23.09.1952 – V BLw 3/52 (NJW 1953, 25); BGH, Beschl. v. 29.04.1960 – 1 StR 114/60 (BGHSt 14, 233; NJW 1960, 1310).

des Textes[210]. Heute können (bis auf den Mahnantrag gemäß § 703c ZPO) alle Schriftsätze unabhängig von ihrer Rechtsnatur[211] im Telekommunikationsweg (Telegramm, Telex, Telefax) übermittelt werden.

Für das Telefax gilt nach § 130 Nr. 6 ZPO, dass die Unterschrift in der Kopie des Schriftsatzes wiedergegeben sein muss. Zu beachten ist, dass es allein auf die im Gericht erstellte körperliche Urkunde ankommt[212]. Im Gegensatz zur österreichischen Regelung bedarf es daher einer Nachsendung des Originals oder der schriftlichen Bestätigung des gefaxten Schriftsatzes nicht[213]. Demzufolge ist die (eigenhändige) Unterzeichnung der Aufgabeurschrift vor der Absendung notwendig, ansonsten genügt der gefaxte Schriftsatz den formellen Anforderungen für (bestimmende) Schriftsätze nicht[214].

Für die Übermittlung eines Schriftsatzes durch ein Computerfax wurde im Jahr 2000 entschieden, dass diese mangels einer unterschriftsfähigen Vorlage auch ohne Unterschrift für zulässig sei, sofern der Urheber hierauf hinweist. Selbst die Einfügung einer gescannten Unterschrift in das Textdokument wurde als nicht erforderlich angesehen[215]. Im Ergebnis wurde damals – mangels einer gesetzlichen Regelung - für das Computerfax die ansonsten abgelehnte Textform im Sinne des § 126b BGB (bzw. den gleichwertigen Faksimilestempel) anerkannt[216].

Im Zuge dieser Entscheidung wurde der § 130 ZPO allerdings noch im Vermittlungsausschuss zum Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr[217] modifiziert und die Legaldefinition des § 130 Nr. 6 2. Hs ZPO eingefügt. Seit in

---

210 BVerwG, Urt. v. 14.12.1955 – V C 138.55 (NJW 1956, 605); aA BGH, Beschl. v. 25.03.1986 – IX ZB 15/86 (BGHZ 97, 283; NJW 1986, 1759); BAG, Beschl. v. 14.01.1986 – 1 ABR 86/83 (MDR 1986, 524).

211 Unabhängig davon, ob es sich um Begründungsschriftsätze oder fristgebundene Schriftsätze handelt, vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.02.1987 – 1 BvR 475/85 (BVerfGE 74, 228).

212 BGH, Beschl. v. 05.04.2000 – GmS-OGB 1/98 (BGHZ 144, 160, NJW 2000, 2340, MDR 2000, 1089), so bereits das RG, Beschl. v. 28.11.1932 – IVb 4/32; aA BAG, Beschl. v. 19.05.1999 – 8 AZB 8/99 (NJW 1999, 2989).

213 Herrschende Meinung, vgl. BGH, Beschl. v. 20.09.1993 – II ZB 10/93 (NJW 1993, 3141); aA LG Berlin, Beschl. v. 05.05.2000 – 18 O 205/00 (NJW 2000, 3291, MDR 2000 970).

214 Z.B. schadet die Verwendung eines Faksimilestempels, VG Wiesbaden, Beschl. v. 14.10.1993 – 8/1 G 20.646/93 (NJW 1994, 537).

215 BGH, Beschl. v. 05.04.2000 – GmS-OGB 1/98; FG Hamburg, Urt. v. 21.11.2000 – II 137/00 (NJW 2001, 992; CR 2001, 162 (mit Anm. *Vehslage*)); BGH, Urt. v. 14.03.2001 – XII ZR 51/99.

216 *Dästner*, Neue Formvorschriften im Prozessrecht, NJW 2001, 3469; *Greger* in *Zöller*, § 130 Rz 18.

Krafttreten des Formanpassungsgesetzes zum 01. August 2001 ist zur Wirksamkeit eines durch Telefax übermittelten Schriftsatzes die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie erforderlich. Durch die Einfügung dieser Regelung sollte einerseits klar gestellt werden, dass das Computerfax zu den Telefaxdiensten und nicht zu den elektronischen Dokumenten im Sinne des § 130a ZPO zu rechnen sei[218]. Andererseits sollten das („normale") Telefax und das Computerfax aus rechtlicher Sicht einheitlich behandelt werden.

Konsequenterweise hat sich der BGH[219] von seiner Entscheidung aus dem Jahr 2000 abgewandt und fordert mittlerweile ein Einscannen der Unterschrift für die Wirksamkeit eines mittels Computerfax übermittelten Schriftsatzes ein. Diese restriktive Rechtsprechung hat der BGH ein Jahr später fortgesetzt, indem er bei einem Schriftsatz, der mit Hilfe eines normalen Faxgerätes und nicht unmittelbar aus dem Computer versandt wurde, der Einsatz einer gescannten Unterschrift als unzulässig erklärt wurde[220]. Zur Begründung stützt sich der BGH darauf, dass eine technische Notwendigkeit hierfür nicht bestehe (der Absender könne auf der Urschrift auch ohne weiteres selbst unterschreiben)[221].

(4) Zugangszeitpunkt durch elektrische Kommunikationsmedien

Grundsätzlich gilt auch für Prozesshandlungen, dass eine Telefaxsendung erst zu dem Zeitpunkt zugegangen ist, in dem sie im Empfangsgerät ausgedruckt[222] ist und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist. Wird der Inhalt einer Berufungsbegründungsschrift mittels Telefax vollständig durch elektronische Signale des Prozessbevollmächtigten zum Empfangsgerät des Rechtsmittelgerichts übermittelt, dort aber infolge technischer Störungen – etwa

---

217 Formanpassungsgesetz siehe FN 164.

218 BT-Drs 14/6044 S. 2, *Dästner*, Neue Formvorschriften, NJW 2001, 3469.

219 BGH, Urt. v. 10.05.2005 – XI ZR 128/04 (NJW 2005, 2086).

220 Diese Ansicht wird allerdings in der Rechtsprechung nicht durchgehend einheitlich vertreten. Gerade für die Fallgestaltung der gefaxten Urschrift in Papierform mit eingescannter Unterschrift hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass der Schriftsatz formwirksam übermittelt werden kann. Der Beschluss des BGH vom 10.10.2006 – XI ZB 40/05 stehe dem nicht entgegen, da der Rechtsanwalt des so mit Grafikdatei gestalteten Schriftsatzes vom Rechtsanwalt autorisiert war, vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.11.2005 – I-9 U 30/05.

221 BGH, Beschl. v. 10.10.2006 – XI ZB 40/05; BGH, Beschl. v. 11.10.1989 – IVa ZB 7/89 (WM 1989, 1820); BGH, Beschl. v. 21.09.2006 – V ZR 260/05; KG Berlin, Beschl. v. 26.07.2001 – 8 W 225/01; OVG Münster, Urt. v. 13.09.2004 – 6 A 4500/02; BVerwG, Beschl. v. 27.01.2003 – 1 B 92/02 (NJW 2003, 1544); LAG Hamm, Urt. v. 21.07.2005 – Sa 912/05; FG Münster, Beschl. v. 18.03.2004 – 1 K 6057/02 F.

222 *Hüßtege* in *Thomas*/*Putzo*, ZPO[27] (2005) § 233 Rz 52.

eines Papierstaus – nicht vollständig und fehlerfrei durch das Empfangsgerät ausgedruckt, so ist dennoch von einem im Zeitpunkt der Telefaxübermittlung erfolgten Eingang des Schriftstücks auszugehen, wenn sein der Übertragung zu Grunde liegender Inhalt anderweitig einwandfrei feststellbar ist[223]. Begründet wird diese Auffassung damit, dass Risiken und Unsicherheiten, deren Ursache allein in der Sphäre des Gerichts liegen, bei der Entgegennahme fristgebundener Schriftsätze nicht auf den rechtsuchende Bürger abgewälzt werden dürfen[224].

Darüber, ob diese Auffassung auch auf den Privatrechtsverkehr übertragbar sind, gehen die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur auseinander. Während der BGH andeutet, dass er diese für prozessuale Erklärungen geltende Risikoverteilung zwischen Absender und Empfänger bei technischen Störungen in der Sphäre der Gerichte auch im Privatrechtsverkehr gelten lassen könnte, stehen Teile der Literatur dieser Vorstellung ablehnend gegenüber. Nach letzteren rechtfertige ein „OK-Vermerk" im Sendebericht keinen Anscheinsbeweis für den Zugang, da eine Fehlerwahrscheinlichkeit nicht ausgeschlossen sei[225].

(5) Formgerechter Zugang durch elektronische Kommunikationsmedien

Seit 01. April 2005 ist das Gesetz über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz in Kraft. Elektronische Schriftsatz- und Kommunikationsformen können nunmehr gleichberechtigt neben der herkömmlichen Schriftform rechtswirksam verwendet werden[226]. Besondere Vorgaben bestehen nicht, da es sich bei dem Verweis auf die qualifizierte elektronische Signatur[227] um eine Soll-Vorschrift handelt, deren Nichteinhaltung keine Auswirkungen auf die formelle Rechtmäßigkeit des elektronischen Dokuments hat. Das Dokument ist mit dem erfolgreichen Abschluss des Aufzeichnungsvorgangs wirksam bei Gericht eingegangen, § 130a Abs. 3 ZPO.

---

223 BGH, Beschl. v. 19.04.1994 – VI ZB 3/94 (NJW 1994, 1881; VersR 1994, 745; MDR 1995, 310; CR 1994, 674; BB 1994, 1457); BGH, Beschl. v. 04.05.1994 – XII ZB 21/94 (MDR 1994, 826; CR 1994, 753; NJW 1994, 2097).

224 BVerfG, Beschl. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95 (CR 1996, 722; NJW 1996, 2857; DB 1996, 1821; AP ZPO 77 § 233 Nr. 47); BGH, Beschl. v. 30.10.1996 – XII ZB 140/96 (NJW-RR 1997, 250).

225 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 13c mit Verweis auf BGH, Urt. v. 14.12.1994 – IV ZR 304/93 (NJW 1995, 663).

226 Vorangegangen waren zum Beispiel schon elektronische Möglichkeiten im Mahnverfahren, im Handelsregister, im Zustellungswesen und für die Anpassung vieler altüberkommener und wohlbegründeter Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Geschäftsverkehr, vgl. *Kissel*, Internet für und gegen alle? NJW 2006, 801.

227 Vgl. hierzu FN 458.

IV) Der österreichische Rechtskreis

1) Historie und Aufbau des österreichischen Rechtssystems

Die Entwicklung[228] des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches verlief vor einem ähnlichen geschichtlichen Hintergrund wie das BGB auf dem Territorium des späteren Deutschland. Bis zum 12. Jahrhundert wurde Recht anhand überlieferter Stammesrechte gesprochen, wobei für den österreichischen Raum die Lex Baiuvariorum und die Lex Alamannorum im Vordergrund standen. Anschließend gewannen die Territorialrechte zunehmend an Bedeutung. Aus österreichischer Sicht sind hier das österreichische Landrecht aus dem 13. Jahrhundert und die Tiroler Landesordnung zu nennen.

Neben diesen Landesrechten bestand auch ein Reichsrecht, das vom König ausging. Allerdings entschied der König nur in Einzelfällen, so dass es sich bei diesem Reichsrecht nicht um allgemein gültiges Recht handelte.

Aber auch innerhalb eines Territoriums und dem dort geltenden Recht galten je nach Standeszugehörigkeit für die einzelnen Bevölkerungsschichten unterschiedliche Rechtskreise. So kamen beispielsweise für die freien Stadtbewohner das Stadtrecht, für die freien Lehensleute das Lehensrecht, für die unfreien Dienstmannen das Dienstrecht oder die unfreien Bauern das Hofrecht zur Anwendung. Diese territoriale und persönliche Rechtszersplitterung führte dazu, dass einerseits unzählige Rechtsaufzeichnungen entstanden, andererseits der Wunsch nach einer Vereinheitlichung des Rechts immer mehr zum Vorschein kam.

Dieses Spannungsfeld war Start- und Ausgangspunkt für die Rezeption des gemeinen Rechts, welches in mehreren Stufen vor sich ging. Die gelehrten Juristen, die an den oberitalienischen Universitäten beide Rechte – das römische und das kanonische Recht (ius utrumque) – studiert hatten, wurden nach ihrer Rückkehr in die Heimat bevorzugt in der kirchlichen Gerichtsbarkeit eingesetzt. Durch die Anwendung des kanonischen Rechts kam es schrittweise zu einer Verdrängung des angestammten deutschen Rechts (so genannte Frührezeption).

Dieser Wandel im Kirchenrecht hatte maßgeblichen Einfluss auf die weltliche Obrigkeit. Die jeweiligen Herrscher gingen nunmehr ebenfalls dazu über, gelehrte

Juristen zu beschäftigen, was die Vollrezeption (profane) des gemeinen Rechts zur Folge hatte.

Das römisch-kanonische Recht machte mit zunehmender Rezeption dem angestammten einheimischen Recht mehr und mehr „Konkurrenz". Es bedurfte daher einer allgemein gültigen Regelung, nach welchem Recht die jeweiligen Streitfragen entschieden werden sollten. Diese Frage wurde dahingehend gelöst, dass das einheimische Recht dem kanonischen Recht vorgehen sollte[229]. Da die (in Oberitalien in kanonischem Recht gelehrten) Juristen dieses einheimische Recht allerdings oftmals nicht kannten, musste es dem anwendenden Gericht bewiesen werden. Deswegen ging man im 16. und 17. Jahrhundert dazu über, das bisher mündlich überlieferte Gewohnheitsrecht aufzuzeichnen, um dessen Anwendung zu gewährleisten[230]. Durch die Aufzeichnung wurde die Rechtszersplitterung weiter gefestigt. Dies hatte im ausgehenden 18. Jahrhundert schließlich zur Folge, dass das Bestreben nach einer Rechtsvereinheitlichung immer deutlicher wurde. Der Wunsch nach einer grundlegenden zeitgemäßen Umgestaltung des bürgerlichen Rechts wurde in einer Zeit immer deutlicher, die vom naturrechtlichen Denken in Gestalt des Vernunftrechts besonders stark geprägt war. Allgemein bestand die Auffassung, das richtige und für alle Zeiten gültige Recht aus der Vernunft des Menschen ableiten zu können. Das in vielen Einzelheiten schwerfällige, altmodische, auch zersplitterte und unübersichtliche Recht sollte durch ein bewusst geplantes, rational und durchsichtig gestaltetes, allumfassendes Gesetzeswerk (sog. Kodifikation) ersetzt werden[231]. Im Jahr 1753 beauftragte daher die Kaiserin *Maria-Theresia* eine Kommission mit der Vorbereitung eines Zivilgesetzbuches; sie erteilte dabei die Weisung, *„dass die Kommission bey Abfassung des Codex sich einzig auf das Privat-Recht beschränken, soviel möglich das bereits übliche Recht beybehalten, die verschiedenen Provinzial-Rechte, in so fern es die Verhältnisse gestatteten, in Uebereinstimmung zu bringen, dabey das gemeine Recht und die besten Ausleger desselben, so wie auch die Gesetze anderer Staaten benützen und zur*

---

228 Vgl. zum Folgenden *Scheichl*, Common law 33.

229 Dieser Grundsatz wurde auch als salvatorische Schutzklausel in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 niedergelegt, vgl. hierzu *Scheichl*, Common law, 34.

230 Siehe hierzu *Scheichl*, Common law 35.

231 *Koziol*/*Welser*, Grundriß des Bürgerlichen Rechts[13] Bd. I (2006) 9, 10; *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 156.

Berichtigung und Ergänzung stets auf das allgemeine Recht der Vernunft zurück sehen soll"[232]. Das Ergebnis dieser Arbeiten war ein 1766 vorgelegter Entwurf, der „Codex Theresianus". Dieser wurde allerdings wegen seines zu großen Umfanges und wegen des zu starken römisch-rechtlichen Einflusses nicht in Kraft gesetzt. Maria-Theresia verfügte 1772 eine Umarbeitung des Entwurfs, welcher nicht mehr vollumfänglich fertig gestellt wurde. Lediglich das Personenrecht wurde von ursprünglich 1500 Paragraphen auf knapp 300 zusammen gestrichen und von Kaiser *Joseph II* im Jahr 1787 als Josephinisches Gesetzbuch in Kraft gesetzt. Die Beareitung der anderen Teile des Codex Theresianus kam erst unter dem aufgeklärtem Herrscher *Leopold II* wieder in Gang. Er ernannte 1790 eine neue Kommission unter dem Vorsitz von *C.A. v. Martini*, der ein berühmter Lehrer des Naturrechts an der Wiener Universität und gleichzeitig Chef der kaiserlichen Justizverwaltung war. Der von *v. Martini* 1796 vorgelegte „Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches" löste sich völlig sowohl vom Codex Theresianus, als auch vom römischen Recht und berücksichtigte erstmalig in großem Umfang vernunftrechtliche Lehren und Postulate[233]. Nach Fertigstellung im Jahr 1797 (der sog. *Entwurf Martini*) wurde das Gesetzbuch mit Wirkung von 1798 zunächst probeweise in Westgalizien (das Land um Krakau in Polen, daher auch die Bezeichnung *Westgalizisches Gesetzbuch*), später auch in Ostgalizien eingeführt[234]. Hierdurch sollten praktische Erfahrungen gesammelt werden, welche wiederum in Gutachten sowohl politischer Instanzen, als auch der Wissenschaft der drei damaligen juristischen Fakultäten in Wien, Prag und Freiburg/Breisgau) ausgewertet werden sollten. Eine 1801 eingesetzte Hofcommission unter der Führung des Nachfolgers von *v. Martini* am Wiener naturrechtlichen Lehrstuhl, *Franz v. Zeiller*, übernahm die Endredaktion des Gesetzes. Auch *v. Zeiller* sah als überzeugter Anhänger der Aufklärungsphilosophie in der Vernunft die letzte Quelle allen Rechts[235]. Nach zahlreichen Beratungen[236] wurde das ABGB am 01. Juni 1811 publiziert und trat am 01. Januar 1812 für die deutschen Erblande in Kraft. Dazu zählten nicht nur

---

232 Zitiert nach *v. Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I (1811-1813) 7, 8.
233 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 157.
234 *Rainer*, Rechtsvergleichung 167; *Koziol*/*Welser*, Grundriß 10.
235 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 158.
236 *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I und II (1889).

die heutigen österreichischen Länder (noch ohne Salzburg und Burgenland), sondern auch Welschtirol (das heutige Trentino), Krain (heute Slowenien), die Lombardei, Venetien, Görz und Triest sowie Böhmen und Mähren (heutiges Tschechien). In der späteren ungarischen Reichshälfte ist das Gesetz nur zeitweilig und ohne Tiefenwirkung in Kraft gewesen. Heutzutage ist das ABGB nur noch in Österreich selbst und im Fürstentum Liechtenstein, wo es 1812 durch fürstliche Verordnung, mit Ausnahme des Erbrechts (dieses 1846) eingeführt wurde, in Kraft[237].

Aus inhaltlicher Sicht ist das ABGB ein klassisches Produkt der Naturrechtslehre. Obwohl neue Strömungen in der Rechtswissenschaft – insbesondere vertreten durch Savigny und die historische Schule – das eben erst auf die Welt gekommene ABGB alt und teilweise sogar obsolet erscheinen ließen[238], handelte es sich damals um ein sehr modernes und weit vorausschauendes Gesetzeswerk. Mit seinem aufklärerischen Grundgedanken der bürgerlichen Rechtsgleichheit, der Emanzipation privater Rechtsbeziehungen von staatlicher Aufsicht und der Freiheit des wirtschaftlichen Verkehrs befand sich das ABGB in einem schlagenden Gegensatz zur tatsächlichen Sozialstruktur im damaligen Österreich. Beispielhaft sei hier § 16 ABGB angeführt, wonach „*jeder Mensch … angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte (hat und) daher als eine Person zu betrachten*" sei. In der Wirklichkeit befand sich damals aber die Landbevölkerung in weiten Teilen der österreichischen Monarchie in einem von der Leibeigenschaft kaum zu unterscheidenden Status der Gutsuntertänigkeit[239]. Obwohl die Naturrechtslehre die Kodifikation des ABGB maßgeblich beeinflusste, fehlte ihr zu Beginn des 19. Jahrhunderts doch noch die Kraft, den österreichischen Obrigkeitsstaat spätabsolutistischer Prägung „von oben herab" zu revolutionieren[240]. So bestimmte denn auch § 1146 ABGB, dass die „*Rechte und Verbindlichkeiten … zwischen den Gutsbesitzern und den Gutsuntertanen … aus der Verfassung jeder Provinz und den politischen Vorschriften zu entnehmen*" seien.

---

237 *Rainer*, Rechtsvergleichung 168.
238 *Rainer*, Rechtsvergleichung 171.
239 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 159.
240 Dies geschah erst mit der französischen Revolution im Jahre 1848 und dann – nach einem „Rückschlag" durch das Konkordat aus dem Jahre 1855 – nach der Verfassungsreform 1867 und der Aufhebung dieses Konkordats, sowie der beginnenden Industrialisierung Ende des 19. Jahrhunderts.

Insgesamt umfasst das ABGB nur 1502 Paragraphen und ist damit wesentlich kürzer als der französische Code civil oder das deutsche BGB. Diese Kürze ermöglicht auch heute noch eine zeitgemäße Auslegung, weil allzu detaillierte Bestimmungen („Kasuistik") zugunsten elastischer, großzügiger Regelungen vermieden wurden[241]. Gleichzeitig wurde diese Flexibilität und Elastizität mit einer oft erheblichen Lückenhaftigkeit erkauft[242]. In der Folgezeit konnte diese Lückenhaftigkeit durch die österreichische Jurisprudenz mit einer reinen Exegese des Gesetzestextes nicht überwunden werden.

Die streng exegetische Auslegung des Gesetzestextes ohne Bezug auf Theorien oder soziale und politische Realitäten verlor aber nach der französischen Revolution zugunsten der von *Savigny* postulierten historischen Rechtsschule und der daraus hervorgegangenen Pandektenwissenschaft allmählich an Bedeutung. Im Gegensatz zur exegetischen Auslegung sollte sich die Rechtswissenschaft den aktuellen rechtswissenschaftlichen Problemen durch eine historisch-philosophische Herangehensweise nähern. Als einer der bedeutendsten österreichischen Juristen ging *Joseph Unger* davon aus, *„dass allein in der rechtshistorischen Schule, wie sie durch Savigny und Puchta gegründet wurde, … auch für Österreich das Heil der Jurisprudenz zu finden sei*". Die deutsche Rechtswissenschaft war schon einige Jahre zuvor diesen Weg gegangen. Trotz gelegentlichen Widerstandes mit Hinweisen auf die Andersartigkeit des ABGB und auf seinen genuin österreichischen Charakter[243] wird die österreichische Privatrechtswissenschaft seitdem maßgeblich von der deutschen Rechtswissenschaft beeinflusst. Verstärkt wurden diese grundsätzlichen Tendenzen zum einen durch die Teilnovellierungen des ABGB in den Jahren 1914, 1915 und 1916[244], zum anderen durch die Einführung gleicher Gesetze, wie das Handelsgesetzbuch (HGB; in Österreich seit 1939) oder das deutsche Ehegesetz (1938). Die meisten übrigen Änderungen des bürgerlichen Rechts

241 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 10; ein wahrer Neuanfang ohne den unendlichen Wust, den das Römische Recht seit den Tagen Justinians mit sich schleppte, vgl. *Rainer*, Rechtsvergleichung 170.

242 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 162.

243 *Unger*, System des österreichischen Privatrechts I und II[4] (1894); zitiert nach: *Rainer*, Rechtsvergleichung 171.

244 Insbesondere bei dieser dritten Teilnovelle scheint unter den Materialien ganz explizit das deutsche BGB auf, vgl. *Rainer*, Rechtsvergleichung 172.

geschahen durch Sondergesetze, die neben das ABGB traten[245]. Ab 1975 wurde das Familienrecht und im Bereich des Schuldrechts das Mietrechtsgesetz (ebenfalls 1975), das Produkthaftungsgesetz (1988 & 1999), sowie das UN-Kaufrechtsübereinkommen (1988) umfassend reformiert. Insbesondere mit dem Konsumentenschutzgesetz im Jahre 1979 wurde die Stellung des Verbrauchers bei der Eingehung von Rechtsgeschäften maßgeblich gestärkt. Der Aufbau erfolgt anhand eines allgemeinen und eines besonderen Teils und regelt das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Abzahlungsgeschäfte, Kreditgeschäfte von Ehegatten und Reisevertragsgeschäfte, sowie die Bestimmungen zum Rücktritt. In neuerer Zeit ist vor allem die in der Europäischen Gemeinschaft eingeleitete Rechtsangleichung ursächlich für Änderungen im österreichischen bürgerlichen Recht (gleiches gilt für Deutschland und England).

Äußerlich lehnt sich das ABGB an das System der Institutionen des *Gaius* an, wobei die Gesetzesgliederung in § 14 ABGB aufgeführt ist. Nach einer kurzen Einleitung folgen drei Teile, die vom Personenrecht, vom Sachenrecht und „von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte" handeln. Die Teile untergliedern sich wiederum in Abschnitt und Hauptstücke, wobei im zweiten Teil im zweiten Abschnitt die persönlichen Sachenrechte, „vermöge welcher einer Person einer anderen zu einer Leistung verbunden ist" (§§ 307, 859 ABGB) geregelt sind. Hier erscheinen das gesamte Vertrags- und Deliktsrecht des ABGB. Zunächst werden in diesem Abschnitt die allgemeinen Regeln des Vertragrechts aufgestellt; sie beschäftigen sich mit Offerte und Annahme, Geschäftsfähigkeit, mit der Ungültigkeit eines Vertrages wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung, weiter mit der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit sowie der Formgültigkeit von Verträgen. Nach den allgemeinen Regeln folgen die besonderen Vorschriften für einzelne Vertragstypen, z.B. Schenkung, Verwahrung, Leihe, Kauf, aber auch güterrechtliche Vereinbarungen unter Ehegatten. Deutlichen Einfluss naturrechtlicher Gedankengänge verrät erneut das Schadenersatzrecht des ABGB, das sich über die Vielfalt der römischen Deliktsklagen bewusst hinweggesetzt und in § 1295 ABGB eine – für Vertrags- und Deliktshaftung einheitlich geltende – Generalklausel aufgestellt hat[246].

---

245 Vgl. hiezu *Bydlinski*, Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze, in FS-*Walter* (1991) 105.
246 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 163.

2) Gesetzliche Ausgangslage des materiellen Rechts

Im Gegensatz zum jüngeren deutschen BGB wurde nicht das Rechtsgeschäft, sondern wie im französischen Code Civil das Eigentum als systematischer Orientierungspunkt für das materielle Recht gewählt. Folglich liegt der Schwerpunkt des ABGB im Sachenrecht, weshalb auch die Regeln zur Eingehung eines Vertrages oder eines sonstigen Rechtsgeschäfts normiert sind. Trotzdem ist bemerkenswert, dass diese Regelungen im 17. Hauptstück (Von den Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt) des 2. Teiles (Von dem Sachenrechte) seit allem Anfang des ABGB als ein eigenständiger allgemeiner Teil des Schuldrechts ins Gesetz aufgenommen wurden.

Größere Auswirkungen auf die Vergleichbarkeit mit der deutschen Regelung hat dies aber nicht. Ebenso wie in Deutschland kommen Rechtsgeschäfte durch Willenserklärungen zustande, die wiederum auf die Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet ist[247]. Diese müssen zum Abschluss eines Vertrages als Angebot (Anbot, Antrag, Offerte) und Annahme übereinstimmen, § 861 ABGB. Der Antragsteller äußert den Wunsch, einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschließen; der Annehmende (Oblat) gibt seine Zustimmung[248]. Eine vom Angebot abweichende „Annahme" ist als Dissens auszulegen und lässt keinen Vertrag entstehen. Dies ist dann vielmehr als neuer Antrag zu werten[249].

Auch nach österreichischem Recht sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft strikt voneinander getrennt. Im Gegensatz zum deutschen Recht müssen aber beide Rechtsgeschäfte kausal zueinander sein. Während in Deutschland ein abstraktes Verpflichtungs- bzw. ein abstraktes Verfügungsgeschäft ohne weiteres denkbar ist, verlangt das österreichische Recht, dass hinter schuldrechtlichem und dinglichem Rechtsgeschäft ein Grund steht, der beide Rechtsgeschäfte wirtschaftlich macht. Mit anderen Worten muss das Verfügungsgeschäft in dem Sinne kausal sein, dass es nur dann wirksam ist, wenn ein gültiges Verpflichtungsgeschäft, ein Titel, besteht (Prinzip der kausalen Tradition)[250].

---

247 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 90.

248 Einen Sonderfall stellt § 864 ABGB dar, wonach der Vertrag auch dann zustande kommt, wenn nach der Natur des Geschäfts oder der Verkehrssitte eine ausdrückliche Annahmeerklärung nicht zu erwarten ist.

249 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 69.

250 http://de.wikipedia.org/wiki/ Rechtsvergleichung unter „Abstraktionsprinzip".

3) Die Willenserklärung und ihr Wirksamwerden

Infolge des Gleichschritts bei der gesetzlichen Ausgangslage ist auch die Rechtslage in Deutschland und Österreich hinsichtlich des Zugangs von Willenserklärungen vergleichbar[251]. Dies zeigt sich vor allem darin, dass grenzüberschreitend auf Literaturansichten und gerichtliche Entscheidungen verwiesen wird[252/253]. Auch in Österreich sind Willenserklärungen in der Regel empfangsbedürftig und müssen daher dem anderen Teil bekannt gegeben werden. Sie werden daher nicht schon mit der Äußerung, wie beispielsweise dem Unterschreiben einer Offerte, ebenso wenig mit ihrer Absendung[254] (Begebung), sondern in der Regel erst mit der Kenntnisnahme des Adressaten wirksam. Dies ist in § 862a ABGB niedergelegt, der für einseitige Willenserklärungen wie z.B. Kündigungen analog anzuwenden ist[255]. Eine Willenserklärung ruft entsprechend der Empfangstheorie erst dann eine rechtliche Wirkung hervor, wenn sie in die Sphäre des Adressaten gelangt ist[256]. Bis zum Zugang reist sie „auf Risiko" des Erklärenden, was auch für Form und Inhalt gilt. Dies bedeutet, dass der Erklärende die Erklärung so gegen sich gelten lassen muss, wie sie in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt ist[257]. Sofern der objektive Aussagewert unklar ist, muss ihr Gehalt durch Auslegung ermittelt werden. Hierfür sind die §§ 914, 915 ABGB zu beachten, die zwar in erster Linie für Verträge gelten, jedoch auch für einseitige Willenserklärungen heran zu ziehen sind, wenn keine besonderen Regeln eingreifen (vgl. die §§ 655ff. ABGB)[258].

Der Zugang ist sowohl dann zu bejahen, wenn der Empfänger die Mitteilung zur

---

251 *Dittrich*/*Tades*, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch Kommentar[22] (2007) §§ 862, 863, 886 ABGB.

252 Vgl. nur den Literaturverweis in *Koziol*/*Welser*, Grundriß 100 zur Überschrift „Zugang".

253 Aus diesem Grund kann auch zur wissenschaftlichen Diskussion auf die Erörterungen zum deutschen Rechtskreis verwiesen werden. Im Folgenden werden daher die rechtliche Ausgangslage im Allgemeinen und die herrschende Ansicht zu den neuen Kommunikationsmedien im Speziellen nur im Überblick dargestellt, sofern die Problematik und die Herangehensweise an die einzelnen Fragestellungen gleich gelagert sind. Im Falle von Abweichungen bei den Ansichten oder Rechtsfolgen werden diese detailliert herausgearbeitet.

254 Vgl. dazu OGH 18.10.1983, 4 Ob 583/83 (JBl 1984, 487).

255 OGH 18.04.2002, 6 Ob 310/01h (RIS-Justiz RS0014092).

256 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 100; OGH 25.05.1993, 5 Ob 41/93 (WoBl 1994, 155); OGH 26.11.1997, 9 Ob A 292/97z (ZIK 1998 61). Zu Beweis des Zugangs siehe OGH 23.11.1994, 7 Ob 38/94 (VersE 1631); OGH, 21.02.1996, 7 Ob 5/96 (VersE 1686; VersR 1997, 475; ZVR 1997/3); OGH 23.10.1996, 7 Ob 2167/96v (ÖJZ 1997/64 (EvBl)).

257 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 101.

258 *Karollus*, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996, 818; *Koziol*/*Welser*, Grundriß 95 m.w.N.

Kenntnis genommen hat als auch dann, wenn die Botschaft in seinen Herrschaftsbereich gelangt ist, so dass er sich unter normalen Umständen von ihrem Inhalt Kenntnis verschaffen kann[259]. Parallel zur Diskussion in Deutschland ist also auch in Österreich eine Kenntnisnahme nicht zwingend erforderlich, da es sonst im Belieben des Empfängers stünde, das Wirksamwerden der Erklärung zu verhindern[260]. Ein Übergang des Risikos kann nur dann eintreten, wenn sich der Vertragspartner dem Zugang der Erklärung absichtlich oder wider Treu und Glauben entzieht. In diesem Fall muss er sich so behandeln lassen, als ob er die Erklärung rechtzeitig empfangen hätte. Jeden Empfänger treffen darüber hinaus gewisse Obliegenheiten zur Vorsorge, dass ihm betreffende Erklärungen auch zugehen können. Diese treffen ihn umso mehr, je eher er mit der Möglichkeit des Einlangens solcher Erklärungen rechnen muss. Ein Kaufmann wird demgemäß Empfangsvorkehrungen treffen müssen[261].

Lediglich beim Verbrauchergeschäft ist gemäß § 6 Abs. 1 Z. 3 KSchG das Zugangserfordernis für Erklärungen des Unternehmers unabdingbar. Für alle anderen Rechtsgeschäfte können die Parteien das Wirksamwerden einer Erklärung auch anders regeln und beispielsweise auf die Absendung abstellen.

4) Der Zugang bei Verwendung neuer Kommunikationsmedien

a) Kommunikation via Telefax

Bei der Telefax-Übermittlung erfolgt die Abgabe der Erklärung, mit der der Erklärende die Endgültigkeit seines Bindungswillens manifestiert, durch Einlegen der Urkunde und „Auf-Sendung"-Schalten. Der Zugang ist auch hier als erfolgreich anzusehen, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand. Entscheidend ist, ob nach den Umständen, mit denen der Absender rechnen konnte, die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand; diese Möglichkeit ist eine abstrakte, da hindernde Umstände, mit denen der Absender nicht zu rechnen brauchte, unberücksichtigt bleiben. Wer seine Telefaxnummer bekannt gibt, bringt dadurch sein Interesse an unverzüglichem Empfang aller, auch

259 *Rummel* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch[3] Bd I, § 862a Rz 2; OGH 10.10.1991, 7 Ob 607/91 (WoBl 1993/22); OGH 21.11.1989, 5 Ob 111/89 (WoBl 1992/47); OGH, 19.05.1994, 8 Ob 254/94 (ÖJZ 1995/43 (EvBl)); OGH 14.02.1980, 7 Ob 8/80 (SZ 53/28; RIS-Justiz RS0014078); *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 21, 27, 29.

260 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 100.

261 OGH 18.04.2002, 6 Ob 310/01h; OGH 30.04.1997, 9 Ob A 124/97v (RdW 1998, 294);

rechtsgeschäftlicher Erklärungen zum Ausdruck, weshalb man von ihm während der normalen Geschäftsstunden eine ständige Kontrolle des – sich ohnehin durch Tuten bemerkbar machenden – Empfangsgeräts erwarten kann[262].

Ebenso wie in Deutschland gibt es eine Trennung der Risikosphären: Hat beispielsweise der Absender einer Telefaxmitteilung die Nachricht fristgerecht abgesandt und lag es im Herrschaftsbereich des Adressaten, dass dieses Telefax nicht oder nicht fristgerecht bei ihm einlangte, ist eine Mängelrüge als rechtzeitig anzusehen. In diesem Fall kommt es nicht darauf an, ob der Empfänger auf das Telefax rechtzeitig reagierte oder reagieren konnte, sondern nur darauf, ob die Mängelrüge rechtzeitig erhoben wurde[263].

Bis zum Zugang reist das Telefax auf Gefahr des Versenders; bloß eine erwiesene Störung des Empfangsgeräts gehört in den Risikobereich des Empfängers[264]. Daher ist auch das an die falsche Adresse (Wahl einer falschen Nummer) gesandte Telefax nicht zugegangen und als Erklärung wirkungslos, weil erst der Zugang den Erklärungstatbestand vollendet. Eine Erklärung, die innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen soll, ist daher nur rechtzeitig, wenn sie vor Fristablauf zugeht. Ist das der Fall, kommt es auf die Kenntnisnahme nicht an[265].

Aus der Empfangstheorie folgt auch, dass die schriftliche Erklärung mit dem Inhalt gilt, der sich aus dem zugegangenen Schriftstück ergibt. Daher wurde in dem bekannten Schulfall, in dem der Kunde seinem Bankier telegraphisch den Verkauf von Papieren auftrug, aber das angekommene, entstellte Telegramm auf Kauf lautete, ein Kaufauftrag erteilt. Solche Fälle scheinen aber bei der Telefax-Übermittlung nicht vorzukommen, wenn doch, so wären sie genauso zu lösen (egal ob der Fehler beim Sende- oder Empfangsgerät lag). Die Anfechtung wegen Erklärungsirrtums (§ 871 ABGB) bleibt vorbehalten.

b) <u>Kommunikation via Email</u>

Nach einer Ansicht ist zuerst zu prüfen, ob der Adressat seine Email-Adresse

---

Rummel in *Rummel* § 862a Rz 5.

262 *Wilhelm*, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, ecolex 1990, 208.

263 OGH 30.06.1998, 1 O 273/97x (JBl 1999, 252).

264 *Borns*, Übermittlungsrisiko beim Telefax, RdW 1995, 131; *Rummel* in *Rummel* § 862a Rz 3.

265 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.

überhaupt für den Empfang rechtsgeschäftlicher Mitteilungen gewidmet hat[266]. Dies ergebe sich anhand der Tatsache, wie die Email-Adresse in Umlauf gesetzt wurde. Bei einer ausdrücklichen Aufforderung oder Vereinbarung sind Übermittlungen mit den „herkömmlichen" Transportwegen Post oder Telefax gleichzusetzen. Dagegen sei bei einem bloßen Hinweis auf eine Email-Adresse zu unterscheiden: Wurde im Rahmen einer „physischen" Korrespondenz darauf hingewiesen, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der so Auftretende gewillt sei, rechtsgeschäftliche Erklärungen via Email zu empfangen. Hier greife im Zweifel § 883 ABGB, so dass ein solcher Mail-Benutzer lediglich als Adressat informeller Mitteilungen zu betrachten sei. Dagegen sei bei Bekanntgabe der Email-Adresse im Rahmen einer Internetseite oder ebenfalls via Email davon auszugehen, dass der Bekanntgebende auch gewillt sei, im Wege der elektronischen Post in rechtsgeschäftlichen Kontakt zu treten[267].

Eine andere Ansicht geht für Emails davon aus, dass die Vorschriften des Postgesetzes bzw. des Zustellungsgesetzes analog auf Emails angewandt werden können. Diese Ansicht wird damit begründet, dass das ABGB einen wirksamen Zugang an die Möglichkeit der Kenntniserlangung des Empfängers knüpft[268].

Hiergegen wird eingewandt, dass bei Emails verstärkt auf die subjektiven Umstände bei den Erklärungspartnern Bedacht zu nehmen sei[269]. Für das Postgesetz verbiete sich die analoge Anwendung schon aus dessen § 2. Danach ist

---

266 Auch für den deutschen Rechtskreis wird zum Teil verlangt, dass für die Nutzung der elektronischen Post im Rechtsverkehr eine zumindest konkludente „Freigabe" dieses Kommunikationsmediums zu verlangen sei, vgl. *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363. Dies gelte zumindest so lange, wie die Kommunikation via elektronische Post nach der Verkehrsanschauung noch nicht als allgemeine, jedermann gegenüber jedermann a priori zur Verfügung stehende Art rechtsgeschäftlicher Kommunikation angesehen werden könne, so *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007; *ders.*, Zivilrechtliche Probleme, DZWiR 1997, 466; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (2003), 251; *Wiebe* in *Gounalakis*, Rechtshandbuch Electronic Business (2003) § 15 Rz 49; ähnlich *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 18 m.w.N.
Nach einer anderen Ansicht kommt es auf eine besondere Bekanntgabe oder Widmung einer Email-Adresse dergestalt, dass über diese auch rechtsgeschäftlich bedeutsame Erklärungen eingehen können, grundsätzlich nicht an. Eine solche Einschränkung würde Unsicherheit produzieren, weil ihre Voraussetzungen sich aus der Perspektive des externen Rechtsverkehrs kaum zuverlässig feststellen lassen, vgl. *Mehrings* in *Hoeren*/*Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, Loseblattsammlung (Stand: April 2007), Kap. 13.1 Rz 76; *Thiele*, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998, 670; *Mankowski*, Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen, NJW 2004, 1901.

267 *Sykora*, e-mail – Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr? AnwBl 1999, 540; a.A. *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

268 *Thiele*, Berufspraxis, AnwBl 1998, 670.

269 *Sykora*, e-mail, AnwBl 1999, 540.

eine Briefsendung eine Mitteilung in schriftlicher Form auf einem physischen Datenträger jeglicher Art. Diese Definition bestimme weitere Begriffe wie die Postsendung oder die Postdienstleistung. Da nach dem Gesetzeswortlaut aber elektronische Sendungen ausdrücklich nicht umfasst sein sollen, könne auch nicht im Wege der Analogie darauf zurückgegriffen werden. Für das Zustellungsgesetz käme allenfalls dessen § 4 als Analogiegrundlage in Frage. Allerdings sei auch hier nach § 1 ZustG lediglich die Zustellung von Schriftstücken in physischer Form gemeint, was sich aus einer systematischen Interpretation des Zustellungsgesetzes ergebe. Vielmehr zeige ein Vergleich mit dem Telefax, dass die Email als Kommunikationsmedium nicht mit diesem vergleichbar sei. Voraussetzung für den fingierten sofortigen Zugang des Telefax sei, dass der Empfänger sein Telefaxgerät regelmäßig überprüfe und dieser an eine Telefonleitung gebunden sei. Für den Absender eines Telefaxes ist der Empfang durch die Gegenstelle daran erkennbar, dass sein Sendegerät zumindest bestätigt, dass die Sendung beim Empfangsgerät angekommen ist (dass der Empfänger die eingehenden Nachrichten überprüft, wird eben fingiert). Bei der Email hingegen erfolgt nur dann eine Negativmeldung, wenn die Empfangsadresse nicht existiert (vergleichbar also dem Fall, dass eine nicht vergebene Telefonnummer gewählt wurde)[270]. Sofern keine Negativmeldung erfolge, erfordere die Zugangsfiktion aber zudem, dass der Email-Empfänger auch über einen Computer verfüge bzw. die elektronische Post auch – in regelmäßigen Intervallen – abrufen könne. Da eine Mailbox aber – im Gegensatz zum Telefax – nirgendwo physisch präsent sei und der Inhaber der Email-Adresse selbst nicht einmal über einen Computer verfügen müsse, könne man folglich nicht grundsätzlich erwarten, dass der Empfänger regelmäßig seine Mailbox auf neue Nachrichten überprüft. Folglich könne bei Emails der Zugang in der Regel nicht fingiert werden[271].

Nach der herrschenden Ansicht sind Willenserklärungen, die über Email verschickt werden, mit Erklärungen unter Abwesenden zu vergleichen. Eine Email ist dann zugegangen, wenn sie in die eigene Mailbox oder die Mailbox des Providers eintrifft, da hier der Empfänger unter normalen Umständen die

---

270 *Sykora*, e-mail, AnwBl 1999, 540; a.A. *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

271 *Sykora*, e-mail, AnwBl 1999, 540.

Möglichkeit hat, von der Nachricht Kenntnis zu nehmen[272].

c) Kommunikation via Internet

Stellt sich die Verbindung zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger einer Willenserklärung im Internet als Echtzeit-Kommunikation dar (Internet- „Talk" Programme, Internet-Chat, Videokonferenzen oder Bildtelefonie), so gelten die Regelungen für Willenserklärungen unter Anwesenden. Wie beim Telefonieren befinden sich der Erklärende und der Erklärungsempfänger an verschiedenen Orten, die Distanz zwischen den Beteiligten wird aber durch die unmittelbare Übertragung aufgehoben. Da der Erklärungsempfänger sofort oder nur mit minimaler Zeitverzögerung den Willen des Erklärenden vernehmen kann, fallen Abgabe, Übermittlung und Zugang als ein einheitlicher Lebensvorgang zusammen[273].

5) Das österreichische Zivilverfahrensrecht

Ebenso wie in Deutschland sind materielles und prozessuales Recht in verschiedenen Rechtsbüchern enthalten. Die Art und Weise der Durchsetzung eines rechtlichen Anspruchs ist in der österreichischen Zivilprozessordnung (ZPO) geregelt, die seit 1895 über 75 mal novelliert wurde, deren heutiger Inhalt allerdings maßgeblich auf den fünf großen Reformen in den Jahren 1895, 1983, 1989, 1997 und 2002 beruht.

a) Historie und Aufbau des Zivilverfahrensrechts

Bereits im Jahre 1781 trat für die österreichischen Kronländer die allgemeine Gerichtsordnung (AGO) in Kraft. Diese war maßgeblich auf den Grundsätzen der Schriftlichkeit, Heimlichkeit, Mittelbarkeit und der an feste Beweisregeln gebundenen Beweiswürdigung aufgebaut. Die darin statuierte praktisch unbeschränkte Herrschaft der Parteien führte in der gerichtlichen Praxis zu Prozessen mit unglaublich langer Verfahrensdauer. Folglich wurde das Bedürfnis nach einer neueren, effizienteren Prozessordnung schnell lauter. Obwohl mehrere Entwürfe präsentiert wurden, dauerte es doch über einhundert Jahre, bis es im Jahr 1895 zur ersten großen Reform des Zivilprozessrechts kam. Deren Hauptanliegen war – wie wohl auch das aller nachfolgenden Novellen – die Vereinfachung und

272 Vgl. nur *Holzhammer*/*Roth*, BGB 71.

Straffung des Verfahrens.

Die am 01. August 1895 in Kraft getretene ZPO folgte inhaltlich wesentlich einem Grundgedanken *Franz Kleins*[274], der in einem Prozess eine Beeinträchtigung des Wirtschaftskreislaufes sah. Dieser sollte folglich möglichst einfach, rasch und billig beseitigt werden, ohne dass die Wahrheitsfindung dabei zu kurz käme. Die Parteienherrschaft im Prozess wurde zugunsten der richterlichen Befugnisse beschränkt und damit die Prozessleitungsmacht des Richters massiv gestärkt. Dies schlug sich im Gesetzestext insbesondere in der Pflicht zur Vollständigkeit des Parteivorbringens, der Beweisaufnahme von Amts wegen und kurzen Fristen zusammen mit rigorosen Säumnisfolgen nieder[275]. Durch die Normierung der Grundsätze der Öffentlichkeit, der Unmittelbarkeit, der freien Beweiswürdigung und Amtswegigkeit, vor allem aber auch der Raschheit des Verfahrens wurden die bisherigen Prozessgrundsätze der AGO geradezu in ihr Gegenteil verkehrt. Die ZPO von 1895 stellte die damals wohl modernste Prozessordnung Europas dar[276].

In den folgenden Jahrzehnten und mit der dritten Zivilverfahrensnovelle wurde die Senatsgerichtsbarkeit zugunsten von Einzelrichtern immer weiter zurückgedrängt. Weiterhin wurde die Bedeutung des Vorverfahrens durch die verstärkte Schriftlichkeit weiter gestärkt und mit dem Abbau formaler Barrieren ein „verbesserter Zugang zum Recht" erreicht. Durch die erweiterte Wertgrenzen-Novellen in den Jahren 1989 und 1997 wurden neben weiteren Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung die bezirksgerichtlichen Wertgrenzen angehoben und die sogenannte Grundsatzrevision eingeführt. Nach letzterer kann nunmehr der OGH nur noch dann mit einer Rechtssache befasst werden, wenn sie von erheblicher Bedeutung ist. Im Jahre 1997 wurde darüber hinaus u.a. das Rechtsmittelverfahren neu geregelt und die Wertgrenzen im Hinblick auf den Euro erneut angehoben. Mit der Zivilverfahrensnovelle wurde im Jahre 2002 das erstinstanzliche Verfahren tiefgreifend geändert. Im Wesentlichen wurde das

---

273 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 72.

274 Das Reformwerk *Kleins* hat internationale Anerkennung gefunden und sein Einfluss auf andere Verfahrensordnungen wie z.B. Deutschlands ist unverkennbar, vgl. *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren[11] (2006) Rz 1 – 4/1; *Lewisch* in *Lewisch*/*Rechberger*, 100 Jahre ZPO (1997) 97.

275 *Ballon*, Zivilprozessrecht Rz 1.

276 *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts[4] (2005) 3.

Mahnverfahren ausgeweitet, die Prozessförderungspflicht der Parteien weiter betont und Sanktionsmaßnahmen bei Zuwiderhandlungen hiergegen verstärkt, sowie die außergerichtliche Streitschlichtung mittels Schiedsgerichten oder der Mediation eingeführt. Die Novelle aus dem Jahr 2004 brachte hauptsächlich kleinere Änderungen bei der Gerichtsbesetzung, der Verfahrenshilfe, beim Versäumnisurteil und bei der Akteneinsicht. Außerdem wurde die Möglichkeit geschaffen, Einvernahmen unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung (Videoübertragungen) durchzuführen. Mit dem SchRÄG 2006 wurde das Verfahren vor Schiedsgerichten neu geregelt, in Aussicht genommen sind Neuregelungen bei den so genannten Sammelklagen (Massenklagen)[277].

Die ZPO ist in sechs Teile unterteilt, die nach den allgemeinen Bestimmungen im ersten Teil den Verfahrensablauf erster Instanz mit dem Abschnitt über Urteile und Beschlüsse (2. Teil), das Verfahren vor den Bezirksgerichten (3. Teil), die Rechtsmittel (4. Teil) und weitere Verfahren (5. und 6. Teil) detailliert regeln.

Aus inhaltlicher Sicht umfasst die ZPO die Partei- und Prozessfähigkeit, die Stellung der Prozessparteien, die Aufgaben und Befugnisse des Richters, die Grundsätze für Schriftsätze, Fristen und Tagsatzungen und Folgen der Säumnis, die allgemeinen Verfahrensgrundsätze, den Gang der Verhandlung von der Klage bis zum Urteil, sowie die Bestimmungen über Urteile und Beschlüsse, das Rechtsmittelverfahren und besondere Verfahrensarten. Damit umfasst die ZPO bis auf Ausnahmen alle Vorschriften zur Durchführung des Zivilprozesses.

Die Zwangsvollstreckung ist im Gegensatz zur deutschen ZPO allerdings nicht Bestandteil der österreichischen ZPO, sondern im Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung) vom 27. Mai 1896 geregelt.

Im Verfahren über Arbeits- und Sozialrechtssachen sind die Bestimmungen der ZPO grundsätzlich ebenfalls anzuwenden, so weit nicht im Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz etwas anderes angeordnet wird. Dagegen enthält das am 01. Januar 2005 in Kraft getretene Außerstreitgesetz eine umfassende, eigene, den Bedürfnissen des Außerstreitverfahrens angepasste Regelung. In diesem Verfahren sind die Bestimmungen der ZPO nicht in jedem Fall sinngemäß

277 *Ballon*, Zivilprozessrecht Rz 4/1.

anzuwenden. Vielmehr gelten die Bestimmungen der ZPO nur dort und in dem Umfang, in dem es im Außerstreitgesetz ausdrücklich angeordnet wird. Als Beispiele seien angeführt die Bestimmungen über die Prozessfähigkeit, subsidiär über die Bevollmächtigten, die Anleitungs- und Belehrungspflicht des Richters, die Aufnahme von Beweisen, die Berichtigung und Ergänzung von Beschlüssen, Regelungen über Protokolle, Akten, Sitzungspolizei, Beleidigungen in Schriftsätzen, Strafen oder Fristen[278].

b) Der österreichische Zivilprozess und seine Beteiligten

Im originären Aufgabenbereich des Richters liegt somit die Prozessleitung und damit einhergehend die erschöpfende Erörterung aller entscheidungserheblichen Angaben. Gleichzeitig hat er aber gemäß § 180 Abs. 3 ZPO für eine rasche und konzentrierte Verhandlung Sorge zu tragen.

Auch der österreichische Zivilprozess lehnt sich im Wesentlichen an Leitideen und Prozessgrundsätze wie in Deutschland an. Im Gegensatz zum deutschen Prozessrecht ist der Untersuchungsgrundsatz jedoch eher in Form eines Kooperationsmodells ausgestaltet[279], bei dem die Verantwortung zwischen Gericht und Parteien geteilt ist. Konkret bedeutet dies, dass die Parteien bei den Tatsachenbehauptungen die Behauptungslast und gemäß § 189 ZPO eine Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht[280], den Richter eine hierzu korrespondierende Anleitungspflicht trifft[281]. Letztere ist von verschiedener Intensität und abhängig von dem Vorhandensein eines rechtlichen Beistands. Bei rechtsunkundigen und anwaltlich nicht vertretenen Parteien trifft den Richter eine über die allgemeine Prozessleitungspflicht des § 180 ZPO hinausgehende Anleitungs- und Belehrungspflicht (§ 432 ZPO; sog. Manuduktionspflicht). Anders als nach § 182 ZPO hat der Richter die unvertretene Partei u.a. umfassend hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten im Prozess zu belehren, beim Verfassen

278 http://de.wikipedia.org/wiki/Zivilprozessordnung.

279 *Rechberger*/*Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren[6] (2003) Rz 269 bezeichnet dies als „abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz", *Holzhammer* in *Buchegger*/*Deixler-Hübner*/*Holzhammer*, Praktisches Zivilprozessrecht[6] Bd. I (1998), 105 als „Kooperations- und Sammelmaxime".

280 Vertiefend *Salficky*, Die Prozessförderungspflicht und Präklusion, RdW 2002, 578; *Klicka*, Aufklärungspflichten der Prozessparteien im österreichischen Zivilprozessrecht, JBl 1992, 231.

281 Vgl. *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar zur Zivilprozessordnung[3], vor § 171 Rz 3.

eines Schriftsatzes zu unterstützen und so vor Prozessnachteilen zu schützen[282]. Allerdings darf die richterliche Aufklärungspflicht nicht so weit gehen, dass der Richter quasi als deren Prozessvertreter handelt[283].

Die Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte in Österreich sind in §§ 8ff Rechtsanwaltsordnung (RAO) geregelt. § 9 Abs. 1 RAO enthält eine Umschreibung der Standespflichten, deren Verletzung den Rechtsanwalt der Disziplinarstrafgewalt seiner Standesgenossen aussetzt[284]. Ebenso wie in Deutschland ist Hauptaufgabe die Durchsetzung und Wahrung der Interessen ihres Mandanten. In den hiefür erforderlichen Maßnahmen ist der Rechtsanwalt grundsätzlich frei, er hat seine Vertretung sogar „mit Eifer gegen jedermann" zu führen, § 9 Abs. 1 RAO. Noch stärker als in Deutschland sind die Rechtsanwälte in Österreich damit den Interessen seines Mandanten verpflichtet. Um ihrer Aufgabe möglichst umfassend nachkommen zu können, ist der Rechtsanwalt in Österreich bei seiner Berufsausübung in der Sache lediglich seinem Gewissen und den Gesetzen unterworfen, § 9 Abs. 1 RAO. Sein Benehmen, seine Kommunikation und sein Auftreten gegenüber anderen darf zwar dem Stand der Rechtsanwälte nicht schaden, § 10 Abs. 2 RAO[285], jedoch haben seine persönlichen Interessen und „Rücksichten auf Kollegen" im Widerstreit zur Treue zu seiner Partei zurückzutreten, laut § 10 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes (RL-BA 1977)[286]. Eine Aufgabe als Organ der Rechtspflege kommt ihm allenfalls in untergeordnetem Maße[287] zu. Lediglich in der Vorbemerkung der RL-BA 1977 wird von einer „Unentbehrlichkeit" der

---

282 *Deixler-Hübner*/*Klicka*, Zivilverfahren Rz 225.

283 OLG Wien 19.12.1983, 32 R 187/83 (JBl 1985, 437); OGH 14.10.1997, 1 Ob 144/97a (SZ 70/199); LGZ Wien 30.06.1999, 43 R 231/99k (EFSlg 90.903); *Fucik* in *Rechberger*, ZPO § 432 Rz 2; im einzelnen *Klicka*, Aufklärungspflichten, JBl 1992, 231. Vertiefend *Schumacher*, Richterliche Anleitungspflichten (2000); *Deixler-Hübner*, Prozessualer Streitgegenstand und Mitverschuldenseinwand. Zugleich ein Beitrag zur richterlichen Prozessleitungspflicht, *FS-Sprung* (2001) 109.

284 OBDK 15.11.1982, BKD 34/82 (AnwBl 1984, 339); *Feil*/*Wennig*, Anwaltsrecht[4] (2006) 3.

285 Verfehlungen wie beispielsweise Unredlichkeit oder Unehrenhaftigkeit sind Disziplinarvergehen können von der Rechtsanwaltskammer (und hier vom Disziplinarrat geahndet werden, vgl. Disziplinarstatut der Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter (DSt 1990).

286 Die gem. § 37 Nr. 1 RAO durch den österreichischen Rechtsanwaltskammertag erlassen wurden und den Stellenwert einer Verordnung haben, vgl. VfGH 01.07.1982, V 40/80 (VfSlg 9470).

287 Hierzu gehört beispielsweise die Vertretungspflicht bei Bestellung durch die Rechtsanwaltskammer gem. §§ 10 Abs. 3, 45, 45a RAO (Bestellung durch den Kammerausschuss und nicht, wie aus dem Wortlaut des Gesetzes in § 10 Abs. 3 RAO zu folgern wäre, der Rechtsanwaltsausschuss, vgl. *Schuppich*/*Tades*, Rechtsanwaltsordnung[6]

Rechtsanwaltschaft für den Rechtsstaat gesprochen, was wiederum Auswirkungen auf die persönlichen Eigenschaften und die beruflichen Aufgaben eines jeden einzelnen Rechtsanwalts habe[288].

c) Übermittlung von Willenserklärungen in Form von Prozesshandlungen

Nach Lehre und Rechtsprechung[289] sind sowohl Formgebrechen als auch Inhaltsmängel bei der (an sich unbefristeten) Klage verbesserungsfähig (wobei der Verbesserungsauftrag in der Regel zu befristen ist)[290]. Aufgrund der durch die erweiterte Wertgrenzen-Novelle aus dem Jahre 1989 eingefügten §§ 89a-g Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) und der darauf basierenden Verordnung des Bundesministeriums für Justiz über den elektronischen Rechtsverkehr aus dem Jahre 2006 (ERV 2006) kann der Rechtsverkehr und damit auch jedweder Schriftwechsel zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten grundsätzlich auch auf elektronischem Weg abgewickelt werden. Dem Unterschriftserfordernis wird durch die Eingabe eines Anschriftcodes (vgl. § 7 Abs. 4 ERV 2006) Rechnung getragen. Der elektronische Rechtsverkehr steht nunmehr – im Gegensatz zu früher – allen Verfahrensbeteiligten offen, sofern die Zugangsberechtigung vorliegt[291]. Rechtsanwälte sind zur Schaffung der Voraussetzungen für den elektronischen Rechtsverkehr mit den Gerichten verpflichtet[292].

Selbst wenn Klageeinreichungen oder Schriftsätze an das Gericht mittels (elektronischer) Telefaxtechnik übertragen werden können[293], umfasst der elektronische Rechtsverkehr jedoch nicht das Medium „Telefax". Denn die auf dem Telefax erscheinende – fernkopierte – Unterschrift entspricht nicht dem § 75 Abs. 3 ZPO[294]. Daher ist die Telefax-Übertragung im elektronischen

---

(1999) § 10, dort FN 2.

288 Wobei nicht nur die Berufsausübung, sondern auch sein Privatleben davon beeinflusst werden, vgl. Vorbemerkung der RL-BA 1977.

289 *Bajons* in *Fasching*/*Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen[2] (2002-2005) Bd II Tbd 2, §§ 84, 85 ZPO Rz 143; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 85 Rz 14; OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g (JBl 1999, 661; RZ 1999, 175).

290 *Ballon*, Zivilprozessrecht Rz 157.

291 Siehe ausführlich *Bajons* in *Fasching*/*Konecny* § 74 ZPO Rz 49; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 85 Rz 14; OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g.

292 Vgl. § 9 Abs. 1a RAO; *Deixler-Hübner*/*Klicka*, Zivilverfahren Rz 45a m.w.N.

293 § 58 Abs. 1 Geo: Es ist Papier in der Größe DIN A 4 zu benutzen.

294 OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92 (JBl 1993, 732 (mit Anm. *Gitschthaler*); SZ 65/162; RdW 1993, 183); *Konecny*, Schriftsatzrecht und Kommunikationsmittel in FS-*Sprung* 217; *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208; *Iro*, Vertragsschluss per Fax und Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG, RdW 1993, 2; aA *Rummel*, Telefax und Schriftform in: FS-*Ostheim* (1990), 211.

Rechtsverkehr nicht zulässig, § 5 Abs. 1 S. 2 ERV 2006. Allerdings haben per Telefax (rechtzeitig) übermittelte Schriftsätze in analoger Anwendung[295] des § 89 Abs. 3 GOG iVm § 60 Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz (Geo) eine fristwahrende Bedeutung[296]. So ist ein befristeter Schriftsatz rechtzeitig eingereicht, wenn das Telefax am letzten Tag der Frist (auch nach den Amtsstunden) vom Gericht empfangen wird[297]. Auch ein Vergleichswiderruf kann per Telefax eingebracht werden, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben[298]. Gleiches gilt für einen Rekurs[299], wobei aber in jedem Fall der Verwender das Risiko trägt, dass das Empfangsgerät gestört, besetzt oder abgeschaltet ist[300]. Aufgrund der fehlenden Unterschrift des Einschreiters ist jede Telefaxeingabe verbesserungsbedürftig und einem schriftlichen Verbesserungsverfahren zu unterziehen[301], wobei die Überreichung des formgerechten Verbesserungsschriftsatzes mit der anwaltlichen Originalunterschrift auch vor Erteilung des (gemäß § 85 Abs. 2 ZPO befristeten) Verbesserungsauftrages zulässig ist[302]. Ungeachtet dessen kann aber die

---

295 Analoge Anwendung infolge einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes auf Telefaxrechtsmittel, vgl. OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92; und sonstige Telefaxeingaben bei Gericht, vgl. OGH 25.09.1997, 2 Ob 285/97v (NZ 1998, 338). Zudem gleicht diese Analogie punktuell auch das Verständnis von Vorschriften für das Gerichtsverfahren an das Verwaltungsverfahren an, können doch schriftliche Anbringen nach § 13 Abs. 1 AVG nach Maßgabe vorhandener technischer Möglichkeiten auch mittels Telefax, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise eingebracht werden, siehe OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g. Für das Verwaltungsverfahren ist darüber hinaus in § 14 Abs. 4 AVG explizit normiert, dass es im Ermessen der Behörde steht, ob sie bei einem schriftlichen Anbringen ohne eigenhändige und urschriftliche Unterschrift eine solche (mit Frist) zur Bedingung der Bearbeitung der Eingabe macht. Insbesondere bei Anbringen mittels Fernkopie kann die Behörde vor allem dann, wenn die Unterschrift des Einschreiters mitkopiert wurde, im Allgemeinen vom Bestätigungsauftrag absehen können, vgl. *Walter*/*Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze[2] Bd I (1998) § 13 AVG S. 329.

296 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93 (SZ 47/35; JBl 1994, 119 (mit Anm. *Rummel*); ÖJZ 1994/86 (EvBl); RdW 1994, 75; WoBl 1994, 70 (mit Anm. *Würth*); ecolex 1994, 159 (mit Anm. *Wilhelm*); ÖJZ 1994/86 (EvBl)).

297 OGH 26.05.2004, 7 Ob 94/04f (JBl 2005, 45; AnwBl 2005, 229; ÖJZ 2004/205 (EvBl)); OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92; ebenso *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 126 ZPO Rz 11.

298 OGH 09.11.1995, 6 Ob 619/95 (ÖJZ 1996/66 (EvBl); JBl 1996, 395).

299 OGH 05.11.2002, 5 Ob 207/02f (WoBl 2003, 136).

300 OGH 26.05.2004, 7 Ob 94/04f.

301 *Konecny*, Schriftsatzrecht in: FS-*Sprung* 217; OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 74 Rz 7; OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g; vgl. auch OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.

302 *Konecny*, Schriftsatzrecht in: FS-*Sprung* 217; OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g; OGH 25.03.2003, 1 Ob 153/02k (ÖJZ 2003/119 (EvBl); OGH 11.05.2004, 5 Ob 90/04b (immolex 2005/23; RdW 2004/690); *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 74 Rz 6 m.w.N.

gerichtliche Aufforderung zur Verbesserung abgewartet werden[303]. Ein solcher gerichtlicher Auftrag ist nicht bloß dann zu befristen, wenn die Klage selbst prozessual befristet ist, sondern auch in Fällen, in denen der Kläger bei Überreichung des Schriftsatzes eine materiellrechtliche Frist – wie etwas eine Verjährungs- oder Präklusionsfrist – einzuhalten hatte[304].

In der Praxis wird der Original-Schriftsatz zuerst via Telefax an das Gericht geschickt und anschließend formgerecht mit der originalen Unterschrift per Post an das Gericht geschickt, in dem der zuvor per Telefax versandte Schriftsatz nachträglich bestätigt wird[305].

Der Email kommt im Prozessbereich nur eine marginale Bedeutung zu, da es zum einen keine Pflicht zur Eröffnung dieses Kommunikationsweges für die Öffentlichkeit gibt und die österreichischen Gerichte daher nur schwer per Email zu erreichen sind. Zum anderen gibt es mit dem elektronischen Rechtsverkehr eine Spezialeinrichtung, die zur Weiterverwendbarkeit und Fristwahrungsgewähr besser geeignet sind[306]. Da somit auch wesentliche (Sicherheits-) Bestimmungen der §§ 89ff. GOG bzw. der ERV 2006 nicht eingehalten werden können (z.B. Verwendung des Anschriftencodes, Einhaltung der vorgegebenen elektronischen Übermittlungsform, Einbringung über die Datacom Austria GmbH usw.) sind Schriftsätze per Email zwar nicht per se unzulässig, jedoch keinesfalls mit einer im elektronischen Rechtsverkehr übermittelten Eingabe gleich zu halten[307]. Vielmehr sind sie in Analogie zum Telefax zu behandeln, wodurch das zum Telefaxversand gesagte für die Email entsprechend gilt[308]. Mangels Originalunterschrift muss daher jede auch Email-Eingabe verbessert werden, beispielsweise durch einen original unterfertigten Wiederholungs- oder Bestätigungsschriftsatz, andernfalls Verbesserungsauftrag[309].

Eine von der Partei vorgenommene Verbesserung wirkt nach den allgemeinen

---

303 OGH 17.03.1977, 7 Ob 654/76 (ÖJZ 1978/5 (EvBl); JBl 1977, 496; SZ 50/41).
304 OGH, 27.04.1999, 1 Ob 41/99g.
305 Vgl. *Ballon*, Zivilprozessrecht Rz 157.
306 *Konecny*, Schriftsatzrecht in: FS-*Sprung* 217.
307 *Ziehensack*, Vorbereitende Schriftsätze, ZAK 2006, 27; *Konecny*, Schriftsatzrecht in: FS-*Sprung* 217.
308 *Bajons* in *Fasching*/*Konecny* § 74 ZPO Rz 42; *Schneider*/*Frank*/*Kirschbichler*/*Moravec*/*Roth*, Der elektronische Rechtsverkehr mit den Gerichten (ERV) (1999) 19; *Konecny*, Schriftsatzrecht in: FS-*Sprung* 217.
309 *Bajons* in *Fasching*/*Konecny* § 74 ZPO Rz 34; *Konecny*, Schriftsatzrecht in: FS-*Sprung* 217.

Grundsätzen gemäß § 85 Abs. 2 ZPO auf den Tag der Einbringung der Telefax- oder Emaileinreichung zurück[310].

Im Außerstreitgesetz werden in § 10 Abs. 1 AußStrG die Anträge, Erklärungen und Mitteilungen der Parteien unter dem Begriff „Anbringen" zusammengefasst. Ein solches Anbringen kann (beim Gericht erster Instanz) in der Form eines Schriftsatzes oder mündlich zu Protokoll erklärt werden. Hinsichtlich der Schriftsätze enthält das AußStrG keine näheren Vorschriften, es sind also die einschlägigen Normen der österreichischen Zivilprozessordnung (§§ 74ff ZPO), sowie der Geo sinngemäß anzuwenden. Leidet ein „Anbringen" einer Partei an einem Form- oder Inhaltsmangel, der so gestaltet ist, dass weitere Verfahrensschritte des Gerichts gehindert werden, so darf dieses fehlerhafte Anbringen vom Gericht (ausgenommen es handelt sich um einen offensichtlichen Missbrauchsfall) nicht sofort ab- oder zurückgewiesen werden, sondern das Gericht muss vorerst (von Amts wegen) auf eine geeignete (möglichst unkomplizierte) Weise für eine Verbesserung sorgen[311].

Für alle Verfahrensarten gilt jedoch, dass telefonische Mitteilungen unerheblich und damit wirkungslos sind, es sei denn, das Gesetz gestattet ausdrücklich ein protokollarisches Anbringen[312].

V) Der angelsächsische Rechtskreis

England[313] ist im besonderen und vorbildlichen Sinne ein Rechtsstaat[314]. Diese Aussage erstaunt in Anbetracht der Inexistenz einer geschriebenen Verfassung und damit nicht explizit normierten Grundrechte, wie beispielsweise der Schutz des Eigentums an Grund und Boden[315].

---

310 Rechberger/Simotta Rz 522.
311 *Mayr*/*Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen[3] (2006) 70.
312 *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 74 Rz 2 mit einer beispielhaften Aufzählung für solche Ausnahmeregelungen; OGH 04.07.1962, 11 Os 191- 194/62 (ÖJZ 1962/466 (EvBl)).
313 Infolge des Kolonialismus wurde das angelsächsische Recht auch in mehreren afrikanischen Staaten, Australien, Indien, Kanada, Neuseeland, USA u.a. rezipiert. Auch Großbritannien ist ein Mehrrechtsstaat, das englische Recht gilt nicht in Nordirland, Schottland, den Kanalinseln und der Isle of Man. Sofern im Folgenden der angelsächsische Rechtskreis oder das englische Recht behandelt wird, beziehen sich die Ausführungen im Zweifel nur auf das in England gültige Recht.
314 *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts (1956) 23.
315 Das Eigentum an Grund und Boden beansprucht grundsätzlich immer noch die englische

Die Gesetzgebung wird durch die uneingeschränkte Parlamentssouveränität aus kontinentaleuropäischer Sicht unzureichend kontrolliert; die strikte Gewaltenteilung verwischt durch die Existenz des House of Lords, welches – auch wenn Parlamentskammer und Gericht getrennt sind – als höchste gerichtliche Instanz, sowie als zweite Kammer der Legislative fungiert. Der *High Court* hat eine allumfassende Zuständigkeit in Zivilsachen, wobei die Zuständigkeitsabgrenzung allerdings bei weitem nicht so starr ist wie etwa im deutschen Recht[316].

Überhaupt ist dem *Common Law* eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privaten Recht und damit auch eine unterschiedliche gerichtliche Zuständigkeit wie auf dem Kontinent nach den Lehren des Römischen Rechts fremd[317]. Im Zivilrecht sind ein allgemeiner Teil und Teile des Vertragsrechts wie z.B. der Werkvertrag oder der Dienstvertrag nicht normiert, die Richter tragen Perücken und berufen sich immer noch auf Urteile aus dem 17. Jahrhundert. Anders als die kontinentaleuropäischen Rechtssysteme kennt das englische *Common Law* nicht das Institut des Vertrages zugunsten Dritter, es versagt Vertragsstrafenvereinbarungen die Wirksamkeit und es gewährt einen Anspruch auf Naturalerfüllung eines Vertrages (*specific performance*) nur ausnahmsweise[318]. Trotz dieser Unterschiede werden elementare (Grund-)Rechte wie die Freiheit des Einzelnen, Rechtssicherheit, Gleichheit vor dem Gesetz, Schutz vor staatlicher Willkür in England ebenso gewährleistet wie auf dem Kontinent. Um das englische Recht und den Prozessablauf zu verstehen, ist folglich die Erläuterung des geschichtlichen Hintergrundes unumgänglich.

1) Historie des englischen Rechtskreises

a) Die Entwicklung des englischen Rechtssystems

Das englische Rechtssystem entwickelte sich in verschiedenen Perioden und

---

Krone für sich, vgl. dazu *Megarry/Wade*, The Law of Real Property[6] (2000) 13; *Gray/Gray*, Elements of Land Law[3] (2001) 51. Auch wenn in England das Constitutional Law nicht in einem einheitlichen Verfassungsdokument niedergelegt ist, so gibt es doch eine größere Anzahl einzelner Dokumente wie z.B. die *Constitutional Conventions* oder die *Books of Authorities*, deren Grundsätze Verfassungsrang haben, vertiefend *Bernstorff*, Einführung in das englische Recht[3] (2005) 36.

316 *Henrich/Huber*, Einführung in das englische Privatrecht[3] (2003) 23.

317 *Radbruch* 25.

318 *Zimmermann*, Law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition[2] (1996), 45, 107, 776.

wurde maßgeblich durch das Gewohnheitsrecht, das Kirchenrecht und das *Common Law* in seiner ursprünglichen Form beeinflusst.

Ausgangspunkt der Entwicklung des Rechtssystems war wie auf dem kontinentaleuropäischen Festland das Gewohnheitsrecht. Bis zum Jahr 1066, auch die angelsächsische Periode genannt, richtete die Versammlung der Freien (*Country Courts*, *hundreds*) Rechtsstreitigkeiten nach dem örtlichem Gewohnheitsrecht. Einzelne Gesetzbücher wie das von *Ethelbert* (König von Kent) blieben lediglich regional beschränkt gültige Gesetze. Ein einheitliches, für die gesamte Insel gültiges Recht gab es nicht. Auch die vier Jahrhunderte der römischen Herrschaft haben aus rechtsgeschichtlicher Sicht wenige Spuren hinterlassen. Dies lag zum einen am überstürzten Abzug der römischen Truppen zum Schutze Roms vor den Angriffen der Westgoten im 5. Jahrhundert. Zum anderen besiedelten die Angelsachsen England nicht „von heute auf morgen", sondern bevölkerten durch stetigen Zuzug das Land. Dadurch konnten sich die angelsächsischen Sitten und Gebräuche nach und nach im Bewusstsein der Bevölkerung festsetzen[319] und wurden damit im Gegensatz zum römischen Recht als eigenes Gewohnheitsrecht akzeptiert.

Parallel zum Gewohnheitsrecht entstanden nach der Christianisierung kirchliche Gerichte, die das für die gesamte Christenheit geltende kanonische Recht anwendeten. Darüber hinaus fand das *Common Law* in seiner ursprünglichen Form als das Recht des Königs Anwendung. Letzteres wurde durch königliche Abgesandte, sog. „*itinerant justices*" oder „*justices in eyre*" gesprochen[320], die in dessen Auftrag durch das Land ritten und Recht sprachen[321]. Urteile wurden je nach den Eigenarten des Falles gesprochen. Gesetzbücher oder Kommentierungen wie auf dem durch das römische Recht maßgeblich beeinflussten Festland fanden zur damaligen Zeit praktisch keine Verwendung. Eine Normierung wäre zum damaligen Zeitpunkt auch von nur geringem Wert gewesen, da die von Grafschaft zu Grafschaft reitenden Richter zumeist weder lesen noch schreiben konnten. Dies war auch nicht erforderlich, da die angehenden Richter ihre juristische

---

319 *Scheichl*, Common Law 15.

320 Dieses „auf die Reise schicken" wurde „*General Eyre*" genannt, die Repräsentanten des Monarchen nannte man später „*Justices in Eyre*", vgl. *Graf v. Bernstorff*, Einführung 2.

321 Während man heute unter dem *Common Law* im weiteren Sinne allerdings das gesamte englische Recht versteht, verkörperte es ursprünglich nur das Recht der englischen Krone in Form eines *Case Laws* bzw. Richterrechts; vgl. *Henrich/Huber* 16.

Ausbildung in Form einer Lehre durch jahrelange Begleitung eines tätigen Richters erhielten.

Zur Begründung ihrer Urteile zogen die Richter bereits früher gelöste Fälle als Vergleich heran, die sie entweder selbst gelöst hatten oder in Gesprächen mit Kollegen erzählt bekamen. Besondere Urteile wurden zu Präzedenzfällen, auf die sich die Richter immer wieder beriefen. Zusammengefasst führt dies zu einer ergebnisorientierten Sichtweise, die von Pope kurz und prägnant beschrieben wurde als: „*Whate'er is best administered is best*"[322].

Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Recht, welches vom allgemeinen Prinzip auf den Einzelfall schließt, hat somit der englische Richter ausgehend vom entschiedenen Einzelfall (*precedent*) das Prinzip (*ratio decidendi*) zu gewinnen und auf den vorliegenden Fall anzuwenden[323]. Durch die Bindung des Richters an Präjudizien, die Ausdruck des Rechtssicherheitsgebotes im englischen Recht sind, soll die Vermeidung jeder Willkür seitens des sonst so allmächtigen Richters angestrebt werden. Ein neuer Obersatz soll vom Gericht demzufolge so gestaltet werden, dass seine Rechtsfolgen in Einklang mit bereits aufgestellten Regeln stehen[324]. Die Bestrebung des kontinentaleuropäischen Richters nach deduktiver Ableitung aus bestehenden Obersätzen ist dem angelsächsischen Recht also nicht fremd[325]. Anhand dieser Urteilsmaximen, die von den *obiter dicta* in dem herangezogenen Vergleichsfall abzugrenzen sind, wird im Anschluss daran der vorliegende Fall analog des historischen Falles abgeurteilt (*reasoning from case to case,* sog. induktive Methode)[326]. Die englische Rechtsfindung ist aber wie die klassische römische Rechtsfindung nicht in erster Linie auf Gesetze gegründet, sondern auf einzelne Rechtsfälle. Diese Rechtsfindung wird unter dem Begriff des *Case Law* zusammen gefasst[327].

Jedes dieser Sub-Rechtssysteme hatte aber seine Nachteile: Das Gewohnheitsrecht gab dem Rechtssuchenden durch die unzureichende Kodifizierung und die

---

322 Die Theorie ist die beste, deren Anwendung die beste ist, entnommen *Radbruch*, Geist 56.
323 *Hartmann*, Der Trust im englischen Recht (1956) 17.
324 *Esser*, Grundsatz und Norm (1956) 310.
325 *Maniotis*, Über die Rechtsfindungsmethode des angelsächsischen und des kontinentaleuropäischen Richters, ZVglRWiss 87 (1988) 317.
326 *Kriele*, Normbildung durch Präjudizien in: Norm und Geschichte (1979) 24; *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle (1960) 25; *Cardozo*, The Nature of the Judicial Process[27] (1967) 22; *Esser* 184.
327 *Radbruch*, Geist 7.

mangelhafte Rechtsbildung der *hundreds* oftmals keine ausreichende Rechtssicherheit und -vorhersehbarkeit. Zudem war es durch den regionalen Focus nur sehr eingeschränkt durchsetzungsfähig. Das damalige Common Law des Königs konnte zwar durchgesetzt werden, allerdings kamen die königlichen Abgesandten nur selten in die Grafschaften, um Gericht zu halten[328]. Wollten Rechtssuchende Ihre Ansprüche vor den königlichen Gerichten geltend machen, mussten sie auf das Eintreffen eines Richters warten.

Auch die jeweiligen Herrscher zeigten kein gesteigertes Interesse an einer Veränderung dieser Situation. Weder die Vereinigung aller Kleinkönigreiche durch den Dänenkönig *Sven Gabelbart* im Jahr 1013, noch die Invasion und Unterwerfung Englands durch die Normannen und Wikinger im Jahre 1066 beschleunigten die Schaffung eines einheitlichen Rechtssystems. Im Gegenteil – der Normanne Wilhelm der Eroberer, der sich in der Westminsterabtei zu *Wilhelm I* krönen ließ, erklärte nachfolgend ausdrücklich das Fortgelten der regionalen, angelsächsischen Gesetze[329].

Bei der Abwägung der Vor- und Nachteile entschieden sich die Rechtssuchenden immer öfter dafür, ihr Anliegen vor die englische Krone zu bringen. Nur ein Richterspruch eines königlichen Abgesandten bot die Gewähr, dass sich eine positive gerichtliche Entscheidung auch durchsetzen ließ[330]. Ab Mitte des 13. Jahrhunderts lösten somit das *Case Law* und die Rechtsprechung durch die *itinerant justices* die bisherigen gewohnheitsrechtlichen Regelungen ab.

b) Schlüsselfaktoren bei der Entwicklung des Common Law

Die Entwicklung des *Common Law* wurde insbesondere durch die Abwesenheit bzw. das Vorliegen folgender Faktoren beeinflusst:

Aus politischer Sicht war auch nach Ablauf der angelsächsischen Periode bei der Rechtsvereinheitlichung eine treibende Kraft der Obrigkeit inexistent. Da England auch in der Folgezeit von Revolutionen verschont blieb[331], wurde – anders als in Kontinentaleuropa – das römische Recht auch niemals aufgrund eruptiver

328 *Scheichl*, Common Law 17.
329 Der zu Wilhelm I gekrönt wurde, vgl. *Scheichl*, Common Law 17.
330 *Baker*, An Introduction to English Legal History[3] (1990) 21, 22.
331 Vgl. *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 178.

politischer Umwälzungen geschlossen rezipiert[332]. Mit anderen Worten ist das englische Recht seiner Tradition treu geblieben[333].

Auch die Geisteshaltung der englischen Volksseele hatte starken Einfluss auf die Rechtsentwicklung Englands: Die Engländer waren seit jeher überzeugt, dass das Recht und Gerechtigkeit als Naturrecht unveränderlich besteht und die Rechtsfindung an der Natur der Sache zuverlässiger orientiert sei als an der Idee des Rechts. Dem Gedanken einer allumfassenden Ordnung, der jeder Kodifikation zugrunde liegt und der zwangsläufig zu den verallgemeinernden Theorien der Rechtsphilosophie führt, misstrauen die Engländer seit jeher. Dem individuellen Recht des Einzelfalles solle in Anbetracht einer unendlich wandelbaren und unvoraussehbaren zukünftigen Erfahrung nicht durch vorgefasste Ideen vorgegriffen werden[334]. Will man somit überhaupt von einem Gedanken sprechen, der bewusst oder unbewusst englischer Rechtsbildung zugrunde liegt, so ist es der Gedanke der Freiheit und ihrer Sicherung[335].

Spiegelbildlich kann für diese Geisteshaltung auch die sprachliche Herleitung des Wortes „Recht" in der englischen Sprache herangezogen werden. Während in den kontinentalen Hauptsprachen das Wort für „Recht" vom Geraden und Rechtsseitigen, vom Richtigen und Rechten hergenommen ist (Recht, droit, diritto), ist es im Englischen vom Gesetz abgeleitet: *the law*[336]. Darin kommt eine

---

332 Zwar hat England keine Rezeption des römischen Rechts „in complexu" erlebt. Andererseits war England seit den Tagen der normannischen Eroberer von der kontinentalen Rechtskultur aber auch niemals völlig abgeschnitten, vgl. ***Zimmermann***, Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, ZEuP 1 (1993) 4. So heißt es etwa in der berühmtesten der so genannten Krönungszugentscheidungen: „*The real question in this case is the extent of the application in English law of the principle of the Roman law which has been adopted and acted on in many English decisions*", vgl. *Krell* vs *Henry* (1903) 2 KB 740 (CA) 747. Demzufolge ist die aus kontinentaleuropäischer Sicht verbreitete Ansicht, beim Common Law handele es sich um ein ganz besonders eigenartiges und unserem Denken fremdes Phänomen ebenso unzutreffend wie der seitens der Engländer gerne kultivierte Mythos von ihrem Recht als bedeutende nationale Errungenschaft, welches sich in nobler Isolation von Europa entwickelt habe , vgl. ***Zimmermann***, Savignys Vermächtnis, JBl 1998, 273. Insbesondere das englische Vertragsrecht (aber ebenfalls nicht ausschließlich, vgl. z.B. zum Trust ***Glenn***, Le trust et le jus commune, in: ***Legrand Jr*** (Hrsg.), Common law d'un siècle l'autre (o. J.) 87) wurde von den Ideen und Begriffen, den Regeln, Institutionen und allgemeinen geistesgeschichtlichen Grundströmungen des europäischen ius commune inspiriert, geprägt und beeinflusst, ***Baker***, Introduction 35. Zu allem auch ***Zimmermann***, Savignys Vermächtnis, JBl 1998, 273.

333 ***Esser*** 346.

334 ***Radbruch*** 53.

335 ***Radbruch*** 49.

336 Das Wort „law" ist skandinavischen Ursprungs, altnordisch „log", verwandt mit „legen", bedeutet also das „Niedergelegte".

streng empirische, nur auf das positive Recht gegründete Rechtsauffassung zum Ausdruck[337].

So wie die englische Gesellschaft seit jeher einer Kodifizierung verallgemeinernder Rechtsnormen als nüchternes Sicherheits- und Ordnungsstreben misstraute, so „rechts-positiv" stand (und steht) sie mit fast ehrfürchtigen Glauben an die Richtigkeit des eigenen Rechts hinter dem *Common Law*. Allerdings ist dieser Positivismus des englischen Rechts grundverschieden vom kontinentalen Gesetzespositivismus. Der kontinentale Begriff des Rechtspositivismus bedeutet eine bestimmte Haltung gegenüber dem Gesetz und ist im Bereich des englischen Richterrechts überhaupt nicht anwendbar. Er kennzeichnet eine Haltung, die, unkritisch gegenüber dem rechtlichen Inhalt, als Recht hinnimmt, was in den Gesetzen steht, auch wenn das Gesetz nur der autoritäre Befehl einer sich an das Recht nicht bindenden Staatsmacht ist, im Falle Deutschlands vor der Geschichte – belastet mit der Mitschuld an der Rechtskatastrophe des Hitler-Reiches. Englischer Rechtspositivismus bedeutet nun das Gegenteil: Bejahung des Rechts (des geltenden *Common Law* in Form des *Case Law*), nicht Bejahung des Gesetzes. Hier ist noch etwas von der außerhalb des englischen Rechtskreises fast verloren gegangenen Vorstellung lebendig, dass das Recht, wie Sprache und Sitte jenseits unseres Willens langsam entstehend, unlösbar an den Tatumständen des Einzelfalls hängt, und dass das verallgemeinernde Gesetz es ebenso verfehlen muss wie der gewaltsame Eingriff des Revolutionärs. Es ist die weise Entscheidung gegenüber der Möglichkeit bewusster Rechtsbildung, ungleich unserem Rechtspositivismus, so wenig gleichgültig gegenüber dem Rechtswert, dass dem Engländer das einzigartige System seines in Einzelfällen allmählich entstandenen *Case Law* vielmehr als eine einzige stetige Entfaltung des Gerechtigkeitsgedankens erscheint[338].

Vor allem aber die *itinerant justices* nahmen immer stärker Einfluss auf die Rechtsentwicklung Englands. Infolge des Fallrechts wurden die Richter quasi zu den eigentlichen Gesetzgebern, da deren Urteile Gesetzeskraft beigemessen wurde. Der Ausgangspunkt des *Common Law* war somit das richterliche *Case*

---

337 *Radbruch*, Geist 22.

338 Vertiefend hierzu *Radbruch*, Geist 48, 49; der unterschiedliche Interpretationen des Rechtspositivismus anhand der englischen und der deutschen Auffassung im Hitler-Reich vergleicht.

Law.

c) Das System der writs

„*Non exemplis, sed legibus iudicandum est*". Dieser jeder Rechtsordnung zugrunde liegende Grundsatz, die auf dem römischen Recht beruht, statuiert exakt das Gegenteil des dem *Common Law* eigenen Prinzips der *stare decisis*[339]. Da die *itinerant justices* weder lesen noch schreiben konnten und es demzufolge auch keine Gesetzbücher gab, konnte ein gerichtlicher Streit auch nicht auf eine Klage nach heutigem Verständnis gestützt werden. Dem alten englischen Recht war der Begriff der Klage als eines für jeden beliebigen Anspruch geeigneten Mittels zur gerichtlichen Geltendmachung von Privatrechten unbekannt. Weder existierte ein Vertrag in Form einer rechtlich bindenden Willenserklärung[340], noch gab es infolge der fehlenden Gesetzbücher eine Trennung zwischen materiellem und prozessualem Recht.

Kennzeichnend für das *Common Law* war vielmehr der Grundsatz, wonach dem Verfahren (*remedies*) gegenüber materiellen Regelungen (*rights*) der Vorrang eingeräumt wurde[341]. Ursprünglich konnte somit ein Recht nur mittels eines bestimmten Gerichtsverfahrens geltend gemacht werden. Voraussetzung für die Durchsetzung eines Rechts war damit ein dafür geeignetes Verfahren; *ubi remendium jus*[342]. Die dem römischen Recht sehr ähnliche Art der Prozesseinleitung hatte dazu geführt, dass englische Prozesspraktiker nicht in Ansprüchen, sondern in Klagetypen dachten[343] (*remedies precede rights*).

Die verschiedenen Klagetypen beruhten auf den verschiedenen Arten der sog. *writs*. Unter *writ* war ein schriftlicher Befehl des Königs (lateinisch: *breve*) an den Sheriff oder einen anderen Gerichtsherrn zu verstehen, worin dieser aufgefordert wurde, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen (Vorladung des Beklagten, Zurückerstattung der weggenommenen Sache usw.). Damit war das *writ* primär ein Formblatt, das von den Anwälten des Klägers auszufüllen war und in dem schon die Klagebegründung (*statement of claim*) in der dafür erforderlichen formellen Weise mit aufgenommen sein konnte. In letzterem Fall wurde von

339 *Scheichl*, Common law 25.
340 *Henrich*/*Huber* 51.
341 *Scheichl*, Common Law 17.
342 *Henrich*/*Huber* 17.
343 http://de.wikipedia.org/wiki/Common_Law unter „Das System der Writs".

einem *especially endorsed writ* gesprochen. Es genügte aber auch, dass das *writ* nur eine informelle, aber präzise Beschreibung des geltend gemachten Anspruches enthielt, in welchem Falle nur ein *general endorsement* des *writ* vorlag[344].

Diese *writs* wurden zunächst für den Einzelfall abgefasst, erstarrten jedoch sehr bald zu Blanketten, in deren stereotypen Text nur noch Name und Wohnort der Beteiligten und das Datum eingesetzt wurden. Ebenso wie die römischen Aktionen bekamen die *writs* kennzeichnende Namen: *writ of right, wirt of debt, writ of detinue, writ of tresspass* u.a.m[345].

Da somit nur Ansprüche eingeklagt werden konnten, für die ein *writ* bereits vorhanden war, war die Durchsetzung des Rechts vor den königlichen Gerichten ausgeschlossen, sofern es kein geeignetes *writ* gab[346]. Allenfalls nahm das Gericht ein Verfahren, für das es noch keinen *writ* gab, zum Anlass, ein neues *writ* zu kreieren (*action on the case*). Das dies jedoch äußerst selten geschah, kann man an folgenden Zahlen ersehen: In einer Liste von anerkannten *writs* aus dem Jahr 1227 sind 56 solcher Klageformulare aufgeführt[347]. Dieses System wurde 1832 reformiert. Zu diesem Zeitpunkt bestehen 76 (!) solcher *writs*[348].

d) <u>Ausgestaltung des Case Law durch die Statutes und Equity</u>

Bis zum 14. Jahrhundert war das *Common Law* infolge der Legisaktionenpraxis mittels *writs* zu einem ziemlich starren System ausgewachsen[349]. Nicht nur, dass infolge der starken Formalisierung des Verfahrens zu jedem Tatbestand eine besondere Form des Prozesses eingehalten werden musste. Ein weiterer Mangel der *writs* war auch die Beschränktheit auf sehr wenige Rechtsfolgen, die von den Richtern angeordnet werden durften. Jedem *writ* entsprach eine spiegelbildliche *action*[350]. Eine Verurteilung zur Erfüllung eines Vertrages war unbekannt, lediglich die Zahlung von Schadenersatz konnte eingeklagt werden. Niemandem konnte geboten werden, bestimmte Handlungen zu unterlassen; Zeugen konnten

---

344 Order 6 Rule 2 RSC, *Kessel*, Grundsätze des englischen Zivilprozessrechts, ZvglRWiss 92 (1993) 395.
345 *Henrich*/*Huber* 17.
346 *Scheichl*, Common law 15; *Henrich*/*Huber* 17.
347 Eine Aufstellung der im Jahre 1227 anerkannten writs ist befindet sich im Anhang bei *Scheichl*, Common Law.
348 *Scheichl*, Common law 19.
349 Ein nachteiliges Ergebnis der strengen Präjudizienbindung, vgl. *Maniotis*, Rechtsfindungsmethode, ZVglRWiss 87 (1988) 317; *Goodhart*, Precedent in English and Continental Law, LQR 50 (1934) 56.

nicht, auch nicht durch Strafandrohung, gezwungen werden, vor Gericht zu erscheinen[351].

Schlechthin untragbare Ergebnisse des Aktionensystems konnten zum einen durch das englische Königshaus überwunden werden. Obwohl die englische Krone den *itinerant justices* bei der Rechtsgestaltung und -fortbildung eine tragende Rolle zugestand, behielt sie andererseits durch das *Statute Law* die Möglichkeit, mittels parlamentarisch erlassener Gesetze korrigierend in unerwünschte Entwicklungen einzugreifen. In der Praxis machte die Krone allerdings von dem Instrument der Gesetzgebung nur sehr zurückhaltend Gebrauch, da die englischen Richter dem *Statute Law* sehr skeptisch gegenüber standen. Zum Teil aus guten Gründen, wurde doch die durch das *Common Law* geschützte Freiheit mittels der *Statutes* mehr und mehr eingeschränkt[352]. So wurden Gesetze nur dann erlassen, wenn den Gerichten eine Fortentwicklung nicht mehr möglich war und einem Missstand abgeholfen werden musste[353]. Überdies setzten die *Statutes* das richterlich geformte *Common Law* als Basis voraus[354].

Die geringen Änderungen durch das *Statute Law* konnte das Aktionensystem daher auch nicht aus seiner Erstarrung befreien. Die Richter hatten im Einzelfall auch keine Möglichkeit, ihre Entscheidungen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auszurichten. In solchen Fällen wandten sich die Rechtssuchenden an den König mit einem Gnadengesuch, die Unzulänglichkeiten des *Common Law* durch Einzelfallgerechtigkeit auszugleichen. Der König delegierte diese Bitten an die *Chancery*, deren Kanzler als oberster Verwaltungsbeamter über umfangreiches Fachwissen im *Common Law* verfügte. Da dieser bis zum Jahre 1529 immer ein Geistlicher war, flossen in seine Entscheidungen auch viele Grundsätze des kanonischen Rechts mit ein. Sofern es der Kanzler für angebracht hielt, legte er dem König den Fall „*for the love of god and in the way of charity*" zur Entscheidung vor. Während der Rosenkriege (1453 bis 1485) entwickelte sich die

---

350 *Baker*, Introduction 63.
351 *Henrich*/*Huber* 20.
352 *Scheichl*, Common law 19.
353 *Henrich*/*Huber* 15.
354 Demzufolge gibt es in England auch heute noch keine großen Gesetzbücher, sondern stattdessen hunderte von Einzelgesetzen, die meist nur aus wenigen Artikeln bestehen. Die Stellung des Statute Law als Rechtsquelle zweiten Ranges wird auch durch folgende Zahlen untermauert: Es existieren heute etwa 3.000 (parlamentarische) Gesetze, denen mehr als 30.000 Präzedenzfälle gegenüberstehen, vgl. HM Stationary Office, The Legal Systems of Britain, London, S.1. entnommen aus *Scheichl*, Common law 24.

Chancery zu einem selbstständigen Rechtsprechungsorgan, dem *Court of Chancery*.

Entscheidungen des *Court of Chancery* ergingen kraft königlicher Vollmacht *ex aequo et bo*No Was recht und billig war, sagte dem Kanzler sein Gewissen. Es gab keine *writs*, die das Recht in eine Zwangsjacke des Verfahrens steckten. Im Laufe der Zeit hielten sich jedoch der Kanzler und die anderen Mitglieder des *Court of Chancery* an ihre in früheren Entscheidungen aufgestellten Grundsätze. Auf diese Weise verfestigten sich allmählich die Maximen, die den Entscheidungen des *Court of Chancery* zugrunde lagen, zu einem Normengefüge. Bei diesem *Recht der Equity* handelt es sich wiederum um eine Eigenart des Common Law, das auf den ersten Blick widersprechend anmutet: Auf dem Wesen der Billigkeit basierende Entscheidungsgrundsätze zur Schaffung einer Einzelfallgerechtigkeit wurden in Regeln gefasst und Billigkeitsentscheidungen als Präjudizien für künftige Fälle anerkannt[355]. Gerade diese Entwicklung nahm jedoch die englische *Equity*[356].

Die Bedeutung des *Common Law* in seiner heutigen Ausprägung ergibt sich daher aus den Begriffspaaren: *Common Law – Statute Law* und *Common Law – Equity*. Im ersten Fall steht dem strikten Recht des *Common Law* zu seiner Korrektur das vom Gesetzgeber geschaffene Gesetzesrecht gegenüber. Im zweiten Fall stehen sich das in den gerichtlichen Entscheidungen enthaltene Juristenrecht in Form des *Case Law* oder Fallrechts, und das Billigkeitsrecht gegenüber. Damit sind zugleich die wesentlichen Bestandteile des englischen Rechts bezeichnet: *Common Law*, *Equity* und *Statutes*[357]. Das *Common Law* bildet somit das Gerüst, *Statute Law* und *Equity* bauen die vom *Common Law* vernachlässigten Teile aus[358].

2) Entwicklung materiellrechtlicher Ansprüche im Common Law

Im Laufe des 16. Jahrhunderts wurden die vorhandenen *writs* für die Bewältigung des immer komplexer werdenden Rechtsverkehrs als ausreichend angesehen. Durch das aktionenrechtliche Denken in Ansprüchen bildeten sich die materiellen

---

355 *Henrich*/*Huber* 6, 20; *Scheichl*, Common law 20; *Graf v. Bernstorff*, Einführung 6. Seit dem Jahr 1621 werden die Urteile der Chancery durch das House of Lords überwacht.
356 *Radbruch*, Geist 32.
357 *Henrich*/*Huber* 17.
358 *Scheichl*, Common Law 14.

Bestimmungen erst nach und nach über die Verfahrensregeln heraus. Eine Abrede begründete bis dato keinen Leistungsanspruch, sondern war nur Voraussetzung für den Nachweis der Schuldnerschaft des Beklagten (*writ of debt*) oder einen Schadenersatzanspruch (*writ of assumpsit*) durch den Bruch eines Versprechens.

Anfang des 17. Jahrhunderts wurde aus diesen beiden Ansprüchen im *Slade's case*[359] erstmalig eine prozessual durchsetzbare Vertragsverpflichtung entwickelt, die folgende Vertragsdefinition zur Grundlage hat: „*Contract is an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing*"[360].

Damit ist seit diesem Zeitpunkt auch im *Common Law* ein vertraglicher Anspruch bei wirksamer Abgabe und Annahme eines Angebots anerkannt. Kennzeichen eines normalen, formlosen Vertrags ist allerdings, dass er nur dann eine bindende Wirkung äußert, wenn eine Gegenleistung durch den Empfänger versprochen wird, die sog. *consideration*[361]. Allein eine Willensübereinstimmung der Vertragspartner ist nicht ausreichend – die bindende Kraft eines Vertrages ergibt sich – infolge der traditionellen Rechtsentwicklung – aus der Bejahung der Frage, ob eine Partei einen Vorteil erlangt oder die Gegenpartei einen Nachteil oder Schaden erlitten hat[362].

Zeitgleich mit der englischen Weiterentwicklung des *Common Laws* setzte sich in den Gesellschaften auf dem Gebiet Kontinentaleuropas im 17. Jahrhundert die Aufklärung durch. Vor allem die damit einhergehende Kodifikationsidee – die Vorstellung, dass das überkommene, zersplitterte und unübersichtliche Recht ersetzt werden könne durch ein bewusst geplantes, rational und durchsichtig gestaltetes, umfassendes Gesetzgebungswerk – hatte enorme Auswirkungen auf die gesamte Jurisprudenz. Der Gedanke einer nach rationalen Gesichtspunkten vorzunehmenden Kodifizierung fand mit *Jeremy Bentam* (1748-1832) auch im englischen Recht einen bedeutenden Verfechter.

Zwar zerfiel in den Jahren 1832/33 und endgültig im Jahr 1852 der Grundsatz des aktionenrechtlichen Denkens „*remedies precede rights*". Ab diesem Zeitpunkt

---

359 *Slade* vs *Morley* (1602) 4 Coke Rep. 92; *Baker*/*Milsom*, Sources of English Legal History, Private Law to 1750 (1986) 420.

360 *Blackstone*, Commentaries on the Law of England (1765 – 1769) Bd. II, Kap.30 442.

361 Diese Gegenleistung muss im Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts vorliegen. Ein Bezug auf eine bereits erhaltene Gegenleistung ist grundsätzlich nicht statthaft (Ausnahmen existieren z.B. im Wechselrecht), vgl. *Bills of Exchange Act 1882*.

362 *Henrich*/*Huber* 53.

wurde nicht mehr allein das Vorhandensein eines *writs* und damit die Art des Verfahrens als ausschlaggebend für die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs angesehen. Ab 1832 konnten die englischen Juristen den Fall auch von der materiellrechtlichen Seite prüfen. Zudem wurde in den Jahren 1873-1875 durch die *Judicature Acts* die Trennung von *Common Law* und *Equity* aufgehoben. Seitdem hatten alle Gerichte sowohl die Bestimmungen des *Common Law* als auch die der *Equity* anzuwenden[363]. Zudem hob der Gesetzgeber bezüglich des materiellen Rechts veraltete Regelungen auf und gliederte die bestehenden Regelungen systematisch (*consolidation*).

Gleichwohl konnte sich das systematische und begriffliche Rechtsdenken der Aufklärungszeit und des Vernunftrechts nie gegen den nüchternen praxisbezogenen und traditionsbewussten Konservatismus der englischen Juristen durchsetzen[364]. Auch wenn das System der *writs* abgeschafft wurde, haben sich doch dessen Unterteilungen bis in die heutige Zeit erhalten. Die Reform im Jahr 1852 war lediglich eine des Verfahrens, nicht jedoch eine des Systems an sich[365]. Auch die *consolidation* bedeutete keine Schaffung von Gesetzesbüchern nach kontinentalem Muster, da auch nach diesem Zeitpunkt die Rechtsfortbildung eine Aufgabe der Gerichte blieb[366].

Allerdings nimmt in jüngster Zeit die Kodifizierung bisheriger Rechtsgrundsätze[367] und rechtlicher Neuerungen weiter zu, nicht zuletzt, da Großbritannien seit seinem Beitritt zur Europäischen Union im Jahre 1973 die Vorgaben aus Brüssel umsetzen muss.

3) Der englische Zivilprozess und die Beteiligten

Anhand des Bildes der von Grafschaft zu Grafschaft reitenden *itinerant justices* lassen sich auch heute noch die Grundsätze des englischen Zivilverfahrens und die Rollen der Beteiligten anschaulich darstellen.

a) Das pre-trial Verfahren

Der Richter hatte während seines Aufenthalts nur kurz Zeit und sollte demnach

363 *Scheichl*, Common law 22.
364 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 134.
365 *Scheichl*, Common law 28.
366 *Scheichl*, Common law 22.
367 Insbesondere im Strafrecht, um dem Bestimmtheitsgebot und dem Grundsatz des

möglichst schnell und möglichst viele Urteile sprechen. Demzufolge wurde für einen Prozess nur eine mündliche Verhandlung angesetzt[368]. Folglich mussten die Beteiligten den Fall im vornhinein möglichst gut vorbereiten.

Dies wird auch heute noch durch das pre-trial gewährleistet, in dem sich nach der Klageerhebung durch ein *writ*, der Austausch der förmlichen Schriftsätze der Parteien in Form knapper Sachvorträge (*pleadings*)[369], die *discovery*[370] und die *interrogatories*[371] anschließen. Die Rechtsquelle für die *pre-trial discovery* findet sich für das Verfahren vor dem High Court in den *Rules of the Supreme Court (R.S.C.)*, hier speziell Order 24. Danach müssen beide Parteien – je nach Verfahrensart entweder automatisch oder auf Anordnung des Masters (ein hoher Gerichtsbeamter) – nach Abschluss ihres Sachvortrages alle für den Rechtsstreit relevanten Beweismittel auflisten und dem Gegner zur Verfügung stellen[372]. Hierzu gehören insbesondere alle in ihrem Besitz, Eigentum oder Einflusssphäre befindlichen Dokumente und Unterlagen[373], sowie schriftliche Aussagen zu Tatsachen, die für den Rechtsstreit relevant sind oder die von Zeugen in der Hauptverhandlung mündlich beigebracht werden sollen (*non-expert whitness statements*[374], *expert whitness reports*[375]). Neben der Urkundenvorlegung werden vom herkömmlichen Begriff der *discovery* im weiteren Sinne auch die *interrogatories* umfasst. Dem Gericht, das in diesem Verfahren eine eher passive

---

Gesetzesvorbehalts Rechnung zu tragen.

368 Die Ausrichtung auf die mündliche Verhandlung wird verständlich vor dem Hintergrund, dass bis zum Jahre 1854 auch zivilrechtliche Fälle vor eine Jury zu bringen waren, deren Mitglieder früher in der Regel nicht lesen und schreiben konnten, vgl. auch FN 403. Diese Voraussetzung musste auch der Richter selbst nicht notwendigerweise erfüllen, siehe die Ausführungen unter V) 1) a). Aus der früheren Notwendigkeit der Zusammenstellung einer Jury erklärt sich auch, dass der Grundsatz der Konzentrationsmaxime im englischen Verfahrensrecht weit stärker ausgeprägt als ist beispielsweise in der deutschen ZPO. Da der Richter und die Geschworenen nur in dieser bestimmten Zusammensetzung ein Urteil sprechen konnten, musste der Prozess in einer einzigen mündlichen Verhandlung stattfinden.

369 R.S.C., O. 18 r. 7; vgl. auch *Schmitthoff*, Der Zivilprozess als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken, JZ 1972, 38.

370 R.S.C., O. 24, r. 1; *Andrews*, Principles of Civil Procedure, 11-016. Hierbei handelt es sich um das Ermittlungsverfahren bzw. die Ermittlungen im weiteren Sinne, weiterführend zur Discovery *Schaaff*, Discovery und andere Mittel zur Sachverhaltsaufklärung im englischen Pre-Trial-Verfahren im Vergleich zum deutschen Zivilprozess (1983).

371 Hierbei handelt es sich um schriftliche, auf den Streitgegenstand bezogene Fragen, die nach Zulassung durch den Master dem Gegner gestellt und von ihm unter Eid beantwortet werden müssen.

372 *Schaaff*, Pre Trial Discovery im englischen Recht, RIW 1988, 844.

373 Mit Ausnahme privilegierter Dokumente wie beispielsweise die Korrespondenz zwischen solicitor oder barrister und dem Mandanten.

374 R.S.C., O. 38, r. 2 A; The Supreme Court Practice, Vol. I, paras 38/2 A /1.

375 R.S.C., O. 38, r. 37; O. 25, r. 8 (1).

Rolle spielt, sind die Urkunden nicht einzureichen[376]. Dieses in der *Equity* entwickelte Prinzip des „Karten-offen-auf-den-Tisch-Legens"[377] soll jeder Partei die Gelegenheit geben, die Erfolgsaussichten des eigenen Falles vor dem Haupttermin zu bewerten. Weiterhin soll es damit die Vergleichsbereitschaft erhöhen[378] und die Länge des Haupttermins sowie die Gerichtskosten reduzieren[379].

b) Das englische Hauptverfahren und seine Beteiligten

Die Stellung und Rolle des Richters, sowie der Anwälte sind ebenfalls durch die historische Entwicklung geprägt. Das englische Recht unterscheidet immer noch zwischen dem parteiberatenden Anwalt (*solicitor*) und dem prozessführenden Anwalt (*barrister*). Das Aufgabenspektrum der *solicitors*, die den Großteil der Rechtsanwälte ausmachen, umfasst die allgemeine Beratung[380], Vorbereitung und Einleitung von Prozessen, kautelarjuristischer Tätigkeit[381] und die Parteivertretung vor den *Magistrates' Courts* und *County Courts*. Den *barristers* kommt dagegen seit jeher das Monopol[382] der Advokatur vor den höheren Gerichten[383] zu.

---

376 Die Verpflichtung zur discovery richtet sich in England – anders als nach amerikanischem Prozessrecht – nur an die Prozessparteien selbst, nicht an Dritte, vgl. *Schaaff*, Discovery, RIW 1988, 845.

377 *Davies* vs *Eli Lilly & Co* (1987) 1 WLR 428, 431.

378 Vgl. The Supreme Court Practice (aufgrund seines weißen Einbands allgemein als „The White Book" bezeichnet), Rz 38/2A/2.

379 *Kessel*, Grundsätze, ZvglRWiss 92 (1993) 395.

380 Diese Beratung umfasst auch den Beistand im Falle einer Verhaftung. Nach Sec 58 P.A.C.E. 1984 hat der Verhaftete mit der Verhaftung das Recht auf private Unterredung mit einem solicitor bzw. mit einem duty solicitor (Pflichtverteidiger), Sec 122 M.C.A. 1980. Bei letzteren handelt es sich um eine Art Bereitschaftsdienst, der im Rotationsverfahren durch die umliegenden Anwälte als freiwillige (und auch kostenlose) Dienstleistung angeboten wird. Der Vorteil dieser Einrichtung liegt für den Beschuldigten darin, dass sie unabhängig von der persönlichen Einkommens- und Vermögenssituation und ohne eventuelle finanzielle Beitragsverpflichtungen gewährt wird. Sie ist deshalb notwendig, da im englischen Strafverfahren die Institution der notwendigen Verteidigung fremd ist, vgl. *Kier*, Abschaffung oder Reform der österreichischen Pflichtverteidigung? Eine Problembetrachtung, juridikum 2002, 3.

381 Insbesondere die Durchführung von Grundstücksgeschäften (conveyancing), da in England Grundbücher nur wenig verbreitet und Rechtsverhältnisse an Grundstücken daher eingehend zu prüfen sind.

382 Auswirkungen auf diese faktische Alleinstellung durch den dieses Monopol einschränkenden Court and Legal Services Act 1990 mit einer Stärkung der Rechte für „in-house-lawyers" großer Unternehmen haben sich jedoch nicht substanziell bemerkbar gemacht, vgl. *Kessel*, Grundsätze, ZvglRWiss 92 (1993) 395.

383 Dies sind nach dem Judicature Act 1873, in dem auch die ehemals strikte Trennung von Common Law und Equity aufgegeben wurde, nunmehr für das Zivilrecht das House of Lords als höchste Instanz, dem Court of Appeal und den High Court, welcher sich wiederum in die Queen's Bench Division, Chancery Division und Family Division unterteilt.

Der *barrister*, der eigentlich nach den standesrechtlichen Regeln keinen direkten Kontakt mit dem Mandanten haben darf[384], dient in erster Linie dem öffentlichen Interesse und damit als Organ der Rechtspflege vor allem der Wahrheitsfindung. Erst in zweiter Linie ist er seinem Mandanten verpflichtet[385]. Da die *barristers* und *solicitors* durch ihre Aufgabenverteilung im Hinblick auf die Prozessvertretung (*advocacy*) gleich behandelt werden, gilt die Pflicht zur Wahrheitsfindung mittelbar auch für den *solicitor*[386].

Hieraus folgt, dass die Anwaltschaft in erheblichem Maße für die Funktionsfähigkeit des englischen Rechtssystems mitverantwortlich ist. Inhaltlich sind in dem Code of Conduct und dem Code for Advocacy 1993 zwar lediglich die wissentliche Missleitung des Gerichts niedergelegt. Diese Vorschrift wird jedoch extensiv ausgelegt und als Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verstanden[387]. Konsequenterweise muss der Barrister neben den günstigen auch die für seine Partei ungünstigen Umstände offenbaren und ist bei ersichtlichen Fehlern der Gegenseite zur Aufklärung verpflichtet[388]. Die Hinweispflicht erstreckt sich darüber hinaus auf eine falsche Darstellung der Tatsachen- oder Rechtslage im Rahmen der Beweiswürdigung[389].

Der englische Richter hat dagegen weder die Prozessleitung inne, noch muss er mit dem Fall selbst näher vertraut sein. Dies erschließt sich wiederum, wenn man sich der nur kurz an einem Ort verweilenden Richter im Mittelalter gewahr wird. Diese hatten schlicht keine Zeit und auch keine Gelegenheit, im Vorfeld des Prozesses die besonderen Einzelheiten des Falles zu studieren.

Der äußere Ablauf der Verhandlung, die Beweiserhebung und die Zeugenvernehmung obliegen den *barristers* als Vertreter der Parteien ebenso wie der Vortrag der maßgeblichen Entscheidungen, Präjudizien und

---

384 Im Tagesgeschäft arbeiten Mandant, solicitor und barrister eng zusammen, allein schon, um Doppelarbeit zu vermeiden, vgl. *Lord Hailsham of St. Marylebone*, A Sparrow's flight (1990) 437.

385 Code of Conduct 1990, para. 202; diese Vorschrift wurde im Jahre 1993 in die Standesregeln der Rechtsanwälte aufgenommen, vgl. Law Society's Code for Advocacy 1993, para. 2.2.; weiterführend *Pugsley*, The advocate's duty to the court (1980) Fundamental Duties 113.

386 *Fergusson* vs *Lewis* (1879) 14 L.J. 700.

387 *Miller*, The advocate's duty to justice: where does it belong? (1981) 97 L.Q.R. 127.

388 *Halsbury's* Laws of England, Vol. 3 (1), paras. 415, 470.

389 R. V. Southgate (1963) 1 W.L.R. 809.

Rechtsvorschriften[390]. Für den Richter gilt dabei das Gebot der Zurückhaltung. Er hört den Vortrag der Parteien, lässt sich den Fall präsentieren und untersucht nicht selbst[391]. Da seine Aufgabe nicht die Wahrheitsfindung, sondern die Würdigung der Parteivorträge und der anwendbaren Rechtsprinzipien ist, ist seine Rolle eher mit der eines Schiedsrichters vergleichbar[392].

Insgesamt liegt dem englischen Rechtsstreit damit das sprichwörtliche „*Fair Trial*" als Fundament zugrunde. Als ein wahrhaft Unparteilicher ist der Richter nur mit der Wahrung der Kampfregeln bei der Beweisaufnahme und der Feststellung des Kampfergebnisses im Urteil betraut. Die Beweisaufnahme selbst obliegt den Parteien[393]. Im Einzelnen bedeutet dieses *adversary system*, dass der Richter weder Zeugen laden[394], noch die Reihenfolge der Zeugenvernehmung festlegen[395] oder der Partei die vorzulegenden Beweismittel vorschreiben darf[396]. Er hat nur die Einhaltung der Spielregeln zu überwachen und soll sich selbst „aus höherer Warte" die Zeugenbefragung anhören, um so die Wahrheit herauszufinden[397]. Richter, die sich selbst in die Zeugenvernehmung einmischen oder die Beweisaufnahme durchführen, laufen bildlich gesprochen Gefahr, dass ihr Blick durch den Kampfstaub der Gerichtsarena getrübt wird[398]. Auch das Sprichwort „*The judge who opens his mouth closes his mind*"[399] lässt erkennen, dass der Richter möglichst keine prozessleitenden Maßnahmen ergreifen soll.

Allerdings sollten an dieser Stelle auch nicht die Nachteile des angelsächsischen Verfahrensablaufes und der Verantwortlichkeiten verschwiegen werden: Im Gegensatz zur in Deutschland und Österreich verwendeten Relationstechnik führt die Trennung des *pre-trial* Verfahrens von dem eigentlichen *trial* dazu, dass die *discovery* für den gesamten Fall durchgeführt wird, bevor der Richter überhaupt die Gelegenheit hatte, den Parteien mitzuteilen, welchen Fragen er für die Entscheidung Bedeutung beimisst. Grundsätzlich bemühen sich daher die

---

390 Code of Conduct 1990, para. 610 (c); *Langbein*, Zivilprozessvergleichung, ZVglRWiss 86 (1987) 141.
391 *Graef*, Die Vorbereitung und Durchführung des Haupttermins im deutschen und im englischen Zivilprozess, ZvglRWiss 95 (1996) 92.
392 *Richter*, Der englische Richter – ein Fürst? In FS-*Wassermann* (1985) 177.
393 *Radbruch* 16.
394 *Re Enoch & Zaretsky* vs *Bock & Co.* (1910) 1 K.B. 327.
395 *Briscoe* vs *Briscoe* (1966) 1 All E.R. 465.
396 *Tay Bok Choon* vs *Tahansan Sdn. Bhd.* (1987) 1 W.L.R. 413 at 418.
397 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 268.
398 *Yuill* vs *Yuill* (1945) 1 W.L.R. 1105 at 1107.

Anwälte, jeder auch noch so entlegenen Frage nachzugehen, die möglicherweise in dem Prozess irgendeine Bedeutung erlangen könnte. Denn hat der Prozess begonnen, dann gibt es in der Regel keine Möglichkeit mehr, weitere Informationen zu sammeln. Die wesentlichen Anreize der *discovery* verursachen eine erhebliche Verschwendung von Ressourcen und sind somit sehr teuer. Zudem kommt es zu einer Verdoppelung der ergriffenen Maßnahmen, da beispielsweise auch jeder Zeuge sowohl im *pre-trial*, als auch im Hauptverfahren selbst gehört wird[400].

4) Das Urteil des Gerichts in England

Ein weiterer besonderer Unterschied zwischen den Urteilen englischer und kontinentaler Gerichte ist zudem in der jeweiligen Bindungswirkung zu finden. Für die Bindungswirkung englischer Urteile gelten folgende Grundsätze:

Jedes Gericht ist durch die Entscheidung jedes höheren Gerichts gebunden, solange die Entscheidung des höheren Gerichts nicht durch die Entscheidung eines noch höheren Gerichts oder im Wege der Gesetzgebung außer Kraft gesetzt worden, und damit *overruled* ist[401]. Der englische Richter ist dabei an die Entscheidungen der obersten Gerichte gebunden. Er darf nicht einmal entgegengesetztes Gewohnheitsrecht anerkennen. Bindende Wirkung entfaltet lediglich die *ratio decidendi*. Sie bildet die neue richterliche Norm[402].

Auch die Tatsache, dass der Richter anhand der *precedents* sein Urteil fällen muss, die Urteile aber seit jeher – bis zum heutigen Tage – nicht zwingend schriftlich niedergelegt werden, spricht dem nicht entgegen. Aufzeichnung und Veröffentlichung waren schon immer Privatpersonen überlassen[403]. Da der Grundsatz *iura novit curia* in dieser Form im englischen Recht nicht gilt, ist eine Unkenntnis des Richters über bereits ergangene relevante Urteile unerheblich (*per incuriam*). Die Aufgabe, dem Richter die für die eigene Partei „guten" *precedents*

---

399 *Ones* vs *National Coal Bord* (1957) 2 Q.B. 55.

400 *Langbein*, Zivilprozessvergleichung, ZVglRWiss 86 (1987) 141; namentlich für den amerikanischen Prozess, wobei die geschilderten Nachteile den gesamten angloamerikanischen Rechtskreis und damit auch den angelsächsischen Rechtskreis betreffen. Wiederum muss hier aber dem angelsächsischen Rechtskreis zugestanden werden, dass durch die Trennung zwischen barrister und solicitor zumindest die vorprozessuale „Betreuung" der Zeugen eingedämmt wird.

401 *Henrich*/*Huber* 30.

402 *Scheichl*, Common law 26.

403 Von dem Richter des Mittelalters wurde im Allgemeinen nicht verlangt, dass er schreiben

mit zu teilen, obliegt dem Rechtsbeistand der jeweiligen Partei.

Die auf dieser Grundlage erwachsene Methodik des *Case Law* ist zu einer raffinierten Subtilität ausgebildet, insbesondere, soweit es gilt, unbequeme Präjudizien als unverbindlich auszuschalten. In der Praxis geht man dabei entweder vom Sachverhalt aus oder von seiner rechtlichen Würdigung. Man versucht nachzuweisen, dass der gegenwärtige Fall anders gelagert sei als derjenige, der dem Präjudiz zugrunde lag, oder dass der scheinbar in diesem Präjudiz niedergelegte Rechtssatz in ihm in Wahrheit nicht enthalten sei[404].

Auch die englische Gerichtsentscheidung ist im Hinblick auf ihre Wortwahl, dem Erscheinungsbild und Stil nicht ohne weiteres mit einem kontinentalen Urteil vergleichbar. Der abzuurteilende Fall wird vor allem durch eine Protokollierung der Prozessgeschichte, sowie der mündlichen Verhandlung vor Gericht dokumentiert. Die Stellungnahme des einzelnen Richters, die *opinion*, wird traditionell in einem persönlichen, diskursiven Stil formuliert. Insbesondere an diesem Punkt unterscheidet sich das englische Urteil von der formelhaften, zum Teil bürokratischen Begründung kontinentaler Gerichtsentscheidungen, wo nicht die Persönlichkeit des einzelnen Richters hervortritt, sondern die anonyme Autorität einer Institution[405]. Persönlichkeit und Verantwortung des Richters verbergen sich dagegen in England nicht in der anonymen Mehrheit eines Richterkollegiums[406].

VI) Komparativistik grundsätzlicher Rechtsfragen

1) Allgemeines zur Rechtsvergleichung

Zur Rechtsvergleichung benötigt man ein „*tertium comparationis*" um in einem geordneten System von wissenschaftlichen Grundsätzen brauchbare Begriffe und Kategorien zu bilden[407]. Mehrere Vorteile sind der Rechtsvergleichung immanent:

---

konnte, vgl. schon FN 368.

404 *Radbruch*, Geist 35.

405 *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht (1999) 41.

406 *Radbruch*, Geist 17.

407 *Mänhardt*/*Posch*, Internationales Privatrecht – Privatrechtsvergleichung – Einheitsprivatrecht: Eine Einführung in die internationalen Dimensionen des Privatrechts Rechts[2] (1999) 1.

Für die eigene Rechtsordnung bedeutet die Beschäftigung mit anderen Rechtsordnungen eine unverzichtbare Bereicherung. Aus dem Aufbau, der Struktur, den Komponenten anderer Rechtsordnungen lassen sich bedeutsame Schlüsse für die eigene Rechtsordnung ziehen[408]. Dies gilt insbesondere für das Zivilrecht. Im Straf- und Verwaltungsrecht steht nach wie vor das Territorialprinzip im Vordergrund, fremdes Recht muss von den Gerichts- und Verwaltungsbehörden eines Staates nur ganz selten beachtet werden. Bei einem privatrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsberührung werden die Rechtsanwender auch immer dann zum Rechtsvergleicher, wenn nach den Bestimmungen des internationalen Privatrechts fremdes Zivilrecht anzuwenden ist. Und je intensiver sich die wirtschaftlichen und persönlichen Beziehungen über die Grenzen von Rechtsordnungen hinweg gestalten, desto häufiger werden kollisionsrechtliche Fragestellungen auftauchen. Dementsprechend kann sich auch das fremde Recht als maßgeblich erweisen[409].

Des Weiteren ergibt sich eine bedeutsame Funktion der Rechtsvergleichung aus der Vorbereitung von Projekten einer übernationalen Rechtsvereinheitlichung. Diese Rechtsvereinheitlichung ist zum einen ein rechtpolitisches Programm, das darauf ausgeht, die Verschiedenheiten der nationalen Rechtordnungen durch eine Einigung auf übernationale Grundsätze im Rahmen des Wünschbaren und des Möglichen zu applanieren oder zu beseitigen[410]. Der Nutzen vereinheitlichten Rechts liegt in der Erleichterung des internationalen Warenverkehrs. Vereinheitlichtes Recht vermindert die „Rechtsrisiken" des internationalen Verkehrs, indem es eine bessere Voraussehbarkeit und damit auch eine erhöhte Rechtssicherheit schafft[411]. Diese Verminderung der Rechtsrisiken muss infolge des zunehmenden grenzüberschreitenden Warenverkehrs insbesondere für die Beweislast und Beweisregeln bei der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen gelten.

2) Ausgangslage für die Rechtsvergleichung

Obwohl es sich bei Telex, Telefax, Email und Internet um Übertragungstechniken handelt, die einem weltweit einheitlichen technischen Maßstab zugrunde liegen,

---

408 *Rainer*, Rechtsvergleichung 73.
409 *Mänhardt*/*Posch*, Dimensionen 2.
410 *Zweigert*/*Kötz* Einführung 23.

wird zur Frage nach der Beweisbarkeit der Absendung und des Empfangs in den drei europäischen Rechtkreisen unterschiedlich Stellung genommen. Während die Rechtslage in Deutschland und Österreich hinsichtlich des Zugangs von Willenserklärungen im Großen und Ganzen vergleichbar ist, gibt es im angelsächsischen Rechtskreis weder Parallelbegriffe für „Rechtsgeschäft", noch für „Willenserklärung". Weiterhin ist zu bedenken, dass dem englischen Recht die Schärfe der Begriffe derjenigen Rechte fehlt, die aus dem römischen Recht hervorgegangen sind[412]. Allerdings entspricht das *Contract Law* in weiten Bereichen der deutschen und österreichischen Rechtssystematik.

Zur Messbarkeit und Vergleichbarkeit der drei Rechtsordnungen muss daher die Ausgangsfrage aufgegliedert und die entstehenden Funktionskomplexe in einen sachlich begründbaren Zusammenhang gebracht werden[413]. Hierzu müssen sowohl allgemeine Rechtsfragen, als auch die rechtliche Einordnung bestimmter Handlungsabschnitte beim Versand der Mitteilung erörtert werden. Insbesondere bei der Rechtsvergleichung kontinetaleuropäischer Rechtsordnungen mit dem angloamerikanischen Rechtsbereich ist auf die funktionelle Formulierung der Fragen zu achten, um etwaige Risiken durch den Mangel eines analogen Begriffs in der anderen Rechtsordnung[414] oder das Homonym-Problem[415] zu umgehen[416].

3) Funktionale Sachfragen für die Rechtsvergleichung

Grundsätzlich ist eine Willensbetätigung mittels elektrischer und elektronischer Medien in allen drei Rechtskreisen möglich. In Bezug auf die Ausgangsfrage der Dissertation soll nun die Frage der Beweisbarkeit erörtert werden. Die Frage nach der Beweisbarkeit ist in einem doppelten Sinn zu verstehen: Zum einen ist

---

411 *Zweigert*/*Kötz* Einführung 24.
412 *Scheichl*, Common law, 14.
413 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 44.
414 In einer Rechtsordnung gibt es für ein juristisches Phänomen einen konkreten Begriff, den die Rechtssprache des verglichenen Rechts nicht kennt. Neben den bereits erwähnten Begriffen wie „Rechtsgeschäft" oder „Willenserklärung" ist beispielsweise auch der „Vertrag zugunsten Dritter" im angloamerikanischen Recht unbekannt, ebenso die „*rei vindicatio*", die Eigentumsklage. Im Gegenzug ist wiederum das ebenfalls schon angesprochene Gültigkeitserfordernis der consideration (= Funktion eines „Seriositätsindizes") in kontinentaleuropäischen Vertragsrechten unbekannt.
415 Das Homonym Problem ergibt sich, wenn es in der vergleichenden Rechtsordnung semantisch identische Begriffe gibt, deren juristische Bedeutung jedoch verschieden ist, z.B. Warranty – Gewährleistung; Trust – Treuhand. Hier dürfen aus der vordergründigen semantischen Übereinstimmung der rechtsterminologischen Fachbegriffe in zwei verglichenen Rechtsordnungen keine weiterreichenden Schlüsse über ihre Bedeutung in der jeweils anderen Rechtsordnung gezogen werden.

fraglich, wie weit die Beweiskraft einer unverkörpert übermittelten Willenserklärung reicht. Zum anderen ist zu prüfen, wie die Tatsache der unverkörperten Übermittlung selbst gerichtlich bewiesen werden kann.

Spiegelbildlich stellt sich daher im ersten Themenschwerpunkt die Frage nach der generellen Beweiseignung unverkörpert übermittelter Willenserklärungen bzw. deren Formwirksamkeit. Ausgangslage soll hier sein, dass eine Partei die Übermittlung einer Willenserklärung mittels Telex, Telefax, Internet oder Email behauptet und diese Behauptung von der Gegenpartei nicht bestritten wird.

In einem zweiten Themenschwerpunkt ist zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt eine Mitteilung mittels Telex, Telefax, Internet oder Email wirksam wird. Nicht immer nimmt der Empfänger einer Nachricht diese umgehend zur Kenntnis.

Schließlich ist in einem dritten Themenschwerpunkt die grundsätzliche Beweiseignung von maschinell erzeugten Bestätigungen näher zu betrachten. Ausgangslage soll hier sein, dass eine Partei die Übermittlung einer Willenserklärung mittels Telex, Telefax, Internet oder Email behauptet und diese Behauptung von der Gegenpartei bestritten wird. Nach Erörterung allgemeiner Fragen zur Beweislast und den Beweisarten ist zu prüfen, inwieweit mit einer Sende- oder Empfangsbestätigung der jeweiligen Medien in einen Zivilprozess der Beweis angetreten werden kann. Anhand der bereits ergangenen Gerichtsurteile der jeweiligen Länder wird dargestellt, welche Aussagekraft einer solchen Bestätigung vor Gericht beigemessen wird.

VII) Formelle Wirksamkeit der unverkörperten Übertragung

Schriftlichkeit und Unterschriftserfordernis sind in jeder Rechtsordnung individuell geregelt. Schon die Wertigkeit der traditionellen Unterschrift ist in den europäischen Rechtsordnungen nicht einheitlich. Während der skandinavische Rechtskreis auf der einen Seite so gut wie keine Formvorschriften kennt – weder als Gültigkeitsbedingung, noch als Voraussetzung für eine erfolgreiche Beweisführung – haben Formvorschriften innerhalb des französischen

---

416 *Mänhardt*/*Posch*, Dimensionen 2.

Rechtskreises ein besonderes Gewicht[417]. Andererseits enthält das französische Recht für die Bürgschaft wiederum interessanterweise überhaupt kein Formgebot (Art. 2015 Code civil), ebenso das italienische Recht (Art. 1350, 1937 Codice Civile). Gleiches gilt nach Art. 1278, 1827 Código Civil grundsätzlich auch für das spanische Recht, merkwürdigerweise ist dort aber gerade wiederum die Handelsbürgschaft schriftformpflichtig, Art. 440 Código de Comercio. Und das an sich besonders bürgenfreundliche Schweizer Recht verlangt zwar ab einer gewissen Höhe der verbürgten Schuld (2000 sFr) unter anderem die öffentliche Beurkundung der Bürgschaftserklärung, sowie nach Art. 493 Abs. 2 OR die eigenschriftliche Angabe des Haftungsbetrages. Zumindest die Schriftform des Abs. 1 dieser Norm ist aber bloß an Art. 13 Abs. 2 OR zu messen, der bei unterschriebener Aufgabendepesche sogar ein Telegramm genügen lässt; die herrschende Ansicht lässt daher auch eine Telefaxübermittlung zu[418].

1) Voraussetzungen für die wirksame Übertragung in Deutschland

a) Übertragung zivilrechtlicher Willenserklärungen

Die für das jeweilige Rechtsgeschäft erforderliche Form wird in den §§ 126ff, 125 BGB geregelt. Es gilt der Grundsatz der Formfreiheit[419]. Danach kann eine Willenserklärung durch jedes beliebige Verhalten ausgedrückt werden, sofern nicht ausdrücklich eine andere Form vorgeschrieben ist[420]. Da bei einfachen Willenserklärungen somit auf das Unterschriftserfordernis verzichtet werden kann, wurde auch die Übermittlung unverkörperter Willenserklärungen in Deutschland seit jeher als wirksam angesehen[421].

Die Notwendigkeit der Einhaltung einer besonderen Form kann sich aber sowohl aus dem Gesetz, als auch aus einer Parteivereinbarung ergeben. Das deutsche Zivilrecht kennt hierbei im Wesentlichen folgende Formarten: Die Schriftform

---

417 *Müller*/*Roessler*, Zur rechtlichen Anerkennung elektronischer Signaturen in Europa, DuD 1999, 497.

418 *Schwenzer* in *Honsell*/*Vogt*/*Wiegand*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 – 529 OR[4] (2007) Art.13 Rz 14 m.w.N.

419 Auch wenn die Vorschrift des § 125 BGB ausweislich des Wortlauts nur auf Rechtsgeschäfte abstellt, gilt dies auch für die den Rechtsgeschäften zugrunde liegenden Willenserklärungen, vgl. nur den 2. Titel des ersten Buches des BGB (Willenserklärung).

420 *Schwab*, Zivilrecht Rz 230.

421 *Ebbing*, Schriftform und Email, CR 1996, 271; *Ebnet*, Rechtsprobleme bei der Verwendung von Telefax, NJW 1992, 2985; *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141; *Buckenberger*, Fernschreiben und Fernkopien – Formerfordernisse, Absendung und Zugang, DB 1980, 289.

§ 126 BGB, die elektronische Form, § 126a BGB, die Textform, § 126b BGB und die notarielle Beurkundung, § 128 BGB[422].

(1) Gesetzlich vorgeschriebene Form

Für bestimmte Rechtsgeschäfte wie beispielsweise der Übernahme einer Bürgschaft, dem abstrakten Schuldanerkenntnis[423], der Schenkung oder dem Nachweis einer Stimmrechtsvollmacht stellt das Gesetz zur Wirksamkeit der Willenserklärung besondere Anforderungen an die Form[424].

(a) Schriftform

So ist im Falle der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform die Unterschrift unter eine Urkunde zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung. Dies erfordert entweder eine eigenhändige Namensunterschrift des Ausstellers – also desjenigen, der die unterzeichnete Erklärung abgibt, nicht desjenigen, der die Urkunde angefertigt hat – oder ein notariell beglaubigtes Handzeichen, § 126 Abs. 1 S. 2 BGB. Die eigenhändige Unterschrift soll gewährleisten, dass die darüber stehende Erklärung von dem Unterzeichner stammt (Identitäts- und Echtheitsfunktion)[425]. Eine

---

422 Im Folgenden wird lediglich auf die Schriftlichkeit im weiteren Sinne eingegangen, da die notarielle Beurkundung und andere Formvorschriften für den weiteren Fortgang der Arbeit von untergeordneter Bedeutung sind. Die Form ist daher im Lichte der Schriftlichkeit zu betrachten.

423 Etwas anderes gilt aber nach § 350 HGB. Danach ist die Bürgschaftserklärung oder das abstrakte Schuldanerkenntnis eines Kaufmanns an keine besondere Form gebunden. In solchen Fällen stellt sich aber immer die Frage, ob der Entäußerer der Erklärung in seiner Eigenschaft als Kaufmann gehandelt hat, vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 16.11.1990 – 24 U 236/89 (NJW 1991, 2154).

424 In Bezug auf die Formvorschriften ist bei mehraktigen Rechtsgeschäften vor allem der Normadressat zu beachten: Teilweise bedarf zur Wirksamkeit nur die Willenserklärung eines Teiles der vorgeschriebenen Form. So unterliegt z.B. nach § 518 Abs. 1 BGB bei der schenkweise versprochen Leistung nur die notarielle Beurkundung des versprechenden Teils der Form, nach § 766 S. 1 BGB bei der Bürgschaft nur die Erklärung des Bürgen. Für Nebenabreden gilt, dass grundsätzlich alle Abreden, die nach dem Willen der Parteien Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung werden sollen, formbedürftig sind. Ausnahmen werden von der Rechtsprechung allerdings nach dem Zweck der Formvorschrift gemacht. So ist beim Wohnraummietvertrag anerkannt, dass Abreden, die für den Inhalt des Vertrages nur von nebensächlicher Bedeutung sind, nicht der vorgeschriebenen Form bedürfen, vgl. BGH, Urt. v. 30.06.1990 – XII ZR 55/97 (NJW 1999, 2591). Zu allem siehe *Schwab*, Zivilrecht Rz 230.

425 *Ebbing*, Email, CR 1996, 271. Der BGH stellt in seinem Beschluss vom 10.10.2006 – XI ZB 40/05 jedoch auch heraus, dass die Unterschrift nicht dazu diene, Fälschungen zu verhindern. Vielmehr müsse gewährleistet werden, dass nicht nur ein bloßer Entwurf vorliege und der Aussteller die Verantwortung für den Inhalt übernehme.
Hiergegen wird aber eingewandt, dass die Argumentation des BGH danach nur so verstanden werden kann, dass sie für den Fall der Kommunikation via Telefax eine Regelung zum Schutze des Urhebers der Telefax-Mitteilung darstelle. In dem vom BGH verhandelten Fall hatte jedoch der Rechtsmittelführer niemals einen Zweifel daran gelassen, dass es sich nicht um einen Entwurf handelt und dass er sich den Inhalt des

Willenserklärung ist grundsätzlich nichtig, die der vorgeschriebenen Form nicht entspricht, § 125 S. 1 BGB. Die Folge der Nichtigkeit tritt allerdings nicht ausnahmslos ein. So sieht das Gesetz selbst bei einer Reihe von Formvorschriften eine von § 125 BGB abweichende Gestaltung vor, vgl. etwa die Schriftform für einen Mietvertrag über Wohnraum nach § 550 BGB. Ebenso können die Rechtsfolgen bei der Nichteinhaltung in Form einer lex specialis normiert sein, so etwa beim Verbraucherdarlehensvertrag gemäß §§ 492, 494 BGB.

Aus der gesetzlich geforderten Schriftform ergeben sich darüber hinaus weitere Voraussetzungen. Die Unterschrift ist im Allgemeinen wegen ihres individuellen und charakteristischen, nur schwer nachzuahmenden Erscheinungsbildes dazu bestimmt und geeignet, die Identität des Unterschreibenden mit einer gewissen Sicherheit erkennen zu lassen[426]. Abkürzungen wie Handzeichen oder Paraphen, die allenfalls einen Buchstaben verdeutlichen, sowie Unterzeichnungen mit einer Buchstabenfolge, die erkennbar als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheint, stellen daher keine formgültige Unterschrift dar[427]. Der Empfänger kann hieraus nicht unbedingt zweifelsfrei erkennen, wer die Erklärung abgegeben hat. Folglich ist auch die erforderliche Ausstelleridentität nicht gegeben. Ob ein Schriftzeichen eine Unterschrift oder lediglich eine Abkürzung (Handzeichen, Paraphe) darstellt, beurteilt sich nach dem äußeren Erscheinungsbild[428]. Konkret muss es einem Dritten möglich sein, der den Namen des Unterzeichnenden kennt, diesen Namen aus dem Schriftbild noch herauszulesen[429], wobei aber eine der Unterschrift beigefügte vollständige Namenswidergabe in Maschinen- oder Stempelschrift vergleichend herangezogen werden kann[430]. Es gehört zur Unterschrift, dass mindestens einzelne Buchstaben – wenn auch nur andeutungsweise – erkennbar sind, weil es sonst an dem Merkmal einer Schrift

---

Schriftsatzes zurechnen lassen wolle. Dennoch wurde zu seinem Nachteil das Rechtsmittel verworfen, vgl. *Viefhues*, Anmerkung zu Juris PR-ITR 1/2007 (Juris Praxis Report Extra 3/2007, 53).

426 BGH, Urt. v. 09.11.1988 – I ZR 149/87 (NJW 1989, 588; LM § 130 ZPO Nr. 14; BGHR ZPO § 130 Nr. 6, Unterschrift 3 m.w.N.).

427 BGH, Beschl. v. 11.10.1984 – X ZB 11/84 (NJW 1985, 1227; LM § 130 ZPO Nr. 11 unter II 3 b m.w.N.); BGH, Beschl. v. 29.10.1986 – IVa ZB 13/86 (NJW 1987, 1333); BGH, Urt. 09.11.1988 – I ZR 149/87; BGH, Beschl. v. 08.10.1991 – XI ZB 6/91 (NJW 1992, 243; VersR 1992, 76; LM H.3/1992 § 130 ZPO Nr. 17; jeweils m.w.N.).

428 BGH, Urt. v. 11.02.1982 – III ZR 39/81 (NJW 1982, 1467; LM § 130 ZPO Nr. 9); BGH, Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 18/86 (NJW 1987, 957).

429 BGH, Urt. v. 30.09.1980 – V ZB 8/80 (VersR 1981, 57 m.w.N.).

430 BGH, Urt. v. 08.10.1991 – XI ZB 6/91; BGH, Beschl. v. 21.06.1990 – I ZB 6/90 (NJW-RR 1991, 511; MDR 1991, 223 unter 1; LM § 130 ZPO Nr. 15).

überhaupt fehlt[431]. Nicht genügend ist, dass lediglich ein Buchstabe erkennbar ist, wenn darüber hinaus keine ausreichenden individuellen Merkmale hervortreten[432]. Die Intention des Unterzeichnenden ist nur insoweit von Bedeutung, als er in dem Schriftzug seinen Ausdruck gefunden hat[433]. Andererseits dürfen die Anforderungen an die Unterschrift nicht überspannt werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist die Sicherstellung, dass das Schriftstück auch vom Unterzeichner stammt. Sofern ein die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender, individuell gestalteter Namenszug vorliegt, der aus Sicht eines Unbeteiligten die Absicht erkennen lässt, eine volle Unterschrift zu leisten[434], kann der Namenszug auch flüchtig geschrieben sein und braucht weder die einzelnen Buchstaben klar erkennen zu lassen noch im Ganzen lesbar zu sein[435]. Allerdings ist eine „Wellenlinie" keine diesen Anforderungen genügende Unterschrift[436].

Desweiteren kann die Unterschrift ihre Identitäts- und Klarstellungsfunktion nur dann erfüllen, wenn die Tragweite der Erklärung aus Sicht des Empfängers erkennbar ist. In der Reichsgerichtsentscheidung RG 110, 168 heißt es hierzu sehr anschaulich, dass die Unterschrift die Erklärung „räumlich abschließen" müsse. Nicht ausreichend ist daher eine Unterschrift in optischer Form einer „Überschrift"[437], eine Unterschrift am Rand oder auf dem Briefumschlag[438]. Nachträge müssen grundsätzlich neu unterschrieben werden[439], wobei allerdings nachträgliche Änderungen oberhalb der Unterschrift von dieser gedeckt werden, wenn die frühere Unterschrift nach dem Willen der Parteien für den geänderten Inhalt Gültigkeit behalten soll[440]. Die Leserlichkeit der Unterschrift ist dagegen nach einhelliger Meinung kein Wirksamkeitserfordernis.

---

431 BGH, Beschl. v. 21.03.1974 – VII ZB 2/74 (NJW 1974, 1090 m.w.N.); BGH, Beschl. v. 11.10.1984 – X ZB 11/84; BGH, Beschl. v. 21.06.1990 – I ZB 6/90.

432 BGH, Urt. v. 11.02.1982 – III ZR 39/81.

433 BGH. Urt. v. 22.10.1993 – V ZR 112/92 (NJW 1994, 55).

434 St. Rspr., vgl. BGH, Beschl. v. 24.02.1983 – I ZB 8/82 (VersR 1983, 555); BGH, Beschl. v. 27.10.1983 – VII ZB 9/83 (VersR 1984, 142); BGH, Beschl. v. 29.10.1986 – IVa ZB 13/86; BGH, Urt. v. 22.10.1993 – V ZR 112/92; BSG, Urt. v. 04.06.1975 – 11 RA 189/74 (NJW 1975, 1799); BAG, Urt. v. 29.07.1981 – 4 AZR 632/79 (NJW 1982, 1016).

435 BGH, Beschl. v. 21.06.1990 – I ZB 6/90.

436 BGH, Urt. v. 13.05.1992 – VIII ZR 190/91 (NJW-RR 1992, 1150).

437 BGH, Beschl. v. 15.06.2004 – VI ZB 9/04 (VersR 2005, 136); kritisch *Köhler*, Die Unterschrift als Rechtsproblem, in FS-*Schippel* (1996), 209.

438 RG, Urt. v. 07.02.1925 – IV 485/24 (RGZ 110, 168); vgl. aber *Edenhofer* in *Palandt*, § 2247 Rz 12.

439 BGH, Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 296/88 (NJW-RR 1990, 518).

440 BGH, Beschl. v. 27.06.1994 – III ZR 117/93 (NJW 1994, 2300); *Heinrichs* in *Palandt*, BGB § 126 Rz 5.

Die eigenhändige Unterschrift ist nur eine von mehreren Voraussetzungen, damit eine Willenserklärung wirksam werden kann. Wie oben bereits dargestellt, bedarf es zur Wirksamkeit unter anderem auch des Zugangs der Willenserklärung beim Empfänger. Eine empfangsbedürftige[441] Willenserklärung wird nur wirksam, wenn die schriftliche Verkörperung dem Empfänger mit der Originalunterschrift zugeht[442]. Mit anderen Worten muss die Unterschrift dem Empfänger *im Original* oder durch beglaubigtes Handzeichen unterzeichnet zugehen[443]. Eine Kopie ist aus Gründen der Rechtssicherheit ebenso wenig ausreichend wie eine telegraphische oder eine mechanisch hergestellte oder anders vervielfältigte Unterschrift[444]. Daher kann auch die mit der Schriftform bezweckte Identitäts- und Echtheitsfunktion nicht durch Stempel, Faksimile oder sonstige mechanische Hilfsmittel ersetzt werden[445].

Zwar ist der Zugang einer gesetzlichen Formvorschrift unterliegenden Willenserklärung – anders als die Formvorschrift selbst – dispositiv[446]. Es ist daher denkbar, dass durch entsprechende Vereinbarung (§§ 130, 132 BGB) Zugangserleichterungen abgesprochen werden können. So könnte beispielsweise auf das Zugangserfordernis ganz verzichtet werden[447] oder die Vereinbarung getroffen werden, dass die Willenserklärung bereits mit Abgabe wirksam oder der Zugang beim Empfänger fingiert wird[448]. Damit ist grundsätzlich möglich, dass

---

441 Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen werden nach allgM bereits mit ihrer Abgabe wirksam, eine sich anschließende Übermittlung per Telefax ist somit unschädlich, vgl. *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 1; § 126 Rz 11.

442 BGH, Urt. v. 30.07.1997 – VIII ZR 244/96 (NJW 1997, 3169 m.w.N.; NJW-RR 1997, 684; ZIP 1997, 1694); BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91 (BGHZ 121, 224; NJW 1993, 1126 m.w.N.); BFH, Urt. v. 17.12.1998 – III R 87/96; *Heinrichs* in *Palandt*, § 126 Rz 11.

443 OLG Hamburg, Beschl. v. 13.06.1989 – 13 W 75/89 (NJW 1990, 1613); *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 172.

444 BGH, Urt. v. 26.11.1980 – VIII ZR 50/80 (NJW 1981, 1204); vgl. auch *Singer/Benedict* in *Staudinger*, BGB § 126 Rz 18-20 (zur mechanisch hergestellten Unterschrift); BGH, Urt. v. 27.05.1957 – VII ZR 223/56 (BGHZ 24, 297 zur Telegrammbürgschaft); *Säcker* in MüKo, BGB § 766 Rz 17 (zur Erteilung); für Fax: BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91; BGH, Urt. v. 30.07.1997 – VIII ZR 244/96; *Palm* in *Erman*, § 126 Rz 11; aA OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.01.1992 – 5 U 133/91 (NJW 1992, 1050); für Emails: *Taupitz*/*Kritter*, Electronic Commerce, JuS 1999, 839; *Ernst*, Wirtschaftsrecht um Internet, BB 1997, 1057.

445 BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91; BGH, Urt. v. 25.03.1970 – VIII ZR 134/68 (NJW 1970, 1078).

446 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 19.

447 BGH, Urt. v. 07.06.1995 – VIII ZR 125/94 (NJW 1995, 2217; WM 1995, 1547); *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 9.

448 Allerdings sind hierbei die Beschränkungen der Regelungen über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in §§ 305-310 BGB zu beachten, vgl. *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 12.

auch in den Fällen des §§ 126, 126a oder 126b BGB eine Erklärung ohne Unterschrift[449] formwirksam übermittelt werden könnte[450]. Abgesehen davon, dass ein solcher Fall bisher durch die Rechtsprechung noch nicht behandelt wurde, wird im Allgemeinen davon ausgegangen, dass die teleologische Auslegung der in Rede stehenden Norm ergibt, dass auch der Zugang der Originalunterschrift nicht abdingbar ist.

Exemplarisch kann dies anhand der Bürgschaftserklärung dargestellt werden: Zwar erfüllt die unterschriebene Bürgschaftserklärung in der Hand des Absenders grundsätzlich alle Formerfordernisse. Allerdings bedarf es nach der Rehctsprechung zu deren Wirksamkeit noch zusätzlich der Übergabe der Bürgschaftsurkunde an den Gläubiger, also der willentlichen – zumindest vorübergehenden – Entäußerung und des wirksamen Zugangs an den Empfänger. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 766 BGB (*erteilen*)[451].

Auch wenn sich der Absender der Bürgschaftsurkunde durch ihr Einlegen im Original in das Telefaxgerät und dem Auslösen des Sendebefehls entäußern möchte, verbleibt das Original doch im Herrschaftsbereich des Absenders. Dem Empfänger geht lediglich ein Abbild der Unterschrift (eine Kopie) zu[452]. Aus dieser Zuordnung wird schon deutlich, dass die Kopie die geforderte eigenhändige Unterschrift nicht aufweist, sondern lediglich die Funktion der Wiedergabe des Originals übernimmt (*aliud*). Daraus ergibt sich weiter, dass der Bürge die nach § 766 BGB vorausgesetzte Erklärung nicht erteilt hat. Ansonsten wird eine Aushöhlung der Warnfunktion[453] und des Übereilungsschutzes befürchtet[454]. Dies

---

449 *Hefermehl* in *Soergel*, § 127 Rz 5; *Heinrichs* in *Palandt*, § 127 Rz 2; *Jauernig* in *Jauernig* § 127 Rz 2.

450 Weitergehend *Einsele* in MüKo, BGB § 127 Rz 8.

451 BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91.

452 *Buckenberger*, Fernschreiben und Fernkopien, DB 1980, 289.

453 BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91. Aus diesem Grund ist auch die Berufung des Absenders auf die Unwirksamkeit einer per Telefax versandten Bürgschaftserklärung in der Regel nicht unredlich. Die Formbedürftigkeit der Bürgschaftserklärung hat ihren gesetzgeberischen Grund im Schutzbedürfnis des Bürgen, der zu größerer Vorsicht angehalten und vor nicht ausreichend überlegten Erklärungen gesichert werden soll, siehe *Mugdan* Bd II 1295. Insgesamt ist die deutsche Rechtsprechung bei der Anwendung des Rechtsinstituts der Arglist bei formungültiger Bürgschaft sehr zurückhaltend, weil sie zu Recht den Schutz des Bürgen sehr weit zieht, vgl. nur BGH, Urt. v. 28.11.1957 – VII ZR 42/57 (BGHZ 26, 143); BGH, Urt. v. 12.05.1986 – II ZR 225/85 (NJW-RR 1987, 42); *Säcker* in MüKo, BGB § 766 Rz 22. Andernfalls wäre die Warnfunktion, die in dem Schriftlichkeitserfordernis liegt, nicht mehr gewährleistet, OLG Frankfurt, Urt. v. 16.11.1990 – 24 U 236/89.

454 Ebenso *Cordes*, Telefax und Übereilungsschutz, NJW 1993, 2427.

gelte insbesondere dann, wenn sich der Bürge noch nicht von der Originalerklärung getrennt habe und ihm mithin die Verfügungsmacht noch zustehe. Der Absender kann die Bürgschaft gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen[455], eine Feststellung also, die mit der gegenteiligen Auffassung von der Wirksamkeit einer durch Telefax abgegebenen Bürgschaftserklärung nicht in Einklang zu bringen ist. Gleiches gilt für eine notariell beurkundete, aber bloß durch Telekopie übermittelte Bürgschaftserklärung[456]. Somit erfüllt die Bürgschaftserklärung mangels wirksamer Entäußerung bei der Übermittlung per Telefax nicht die gesetzliche Schriftform gemäß § 126 BGB.

Auch wenn für ein Rechtsgeschäft eine Form bestimmt ist, gilt dies für schuldrechtliche (Bürgschaft) oder dingliche Rechtsgeschäfte (Auflassung) nicht zugleich für deren Aufhebung des Rechtsgeschäfts. Eine Form ist nur dann einzuhalten, wenn dies ausdrücklich bestimmt ist, wie z.B. für die Aufhebung eines Erbvertrags nach § 2290 Abs. 4 BGB[457].

(b) Elektronische Form nach § 126a BGB

Die elektronische Form des § 126a BGB erfordert, dass der Erklärende als Aussteller einer elektronisch festgehaltenen Erklärung seinen Namen hinzufügt und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versieht. Die Voraussetzungen einer qualifizierten elektronischen Signatur ergeben sich aus den § 2 Nr. 1-3, § 7 Signaturgesetz (SigG)[458]. Diese

---

455 Oder gemäß § 141 BGB bestätigen.

456 BGH, Urt. v. 30.07.1997 – VIII ZR 244/96; BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91; BGH, Urt. v. 27.05.1957 – VII ZR 223/56; *Hefermehl* in *Soergel*, § 127 Rz 5; *Einsele* in MüKo, BGB § 126 Rz 14; *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985 m.w.N.; *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

457 Weiterführend *Flume* Bd II § 15 I 3.

458 Das Gesetz unterscheidet zwischen „elektronischen Signaturen" (§ 2 Nr. 1 SigG), „fortgeschrittenen elektronischen Signaturen" (§ 2 Nr. 2 SigG), „qualifizierten elektronischen Signaturen" (§ 2 Nr. 3 SigG) und „qualifizierten elektronischen Signaturen mit Anbieter Akkreditierung" (§ 15 Abs. 1 SigG). Nur die letzten beiden Signaturverfahren bieten die Rechtsfolgen einer Schriftformäquivalenz gemäß §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 BGB. Die einfache und die fortgeschrittene Signatur können aber gemäß § 127 Abs. 2 S. 1 BGB eine durch Rechtsgeschäft vereinbarte qualifizierte Signatur ersetzen, sofern kein entgegenstehender Wille der Parteien anzunehmen ist. Unter einer einfachen elektronischen Signatur sind schlicht elektronische Daten zu verstehen, die anderen elektronischen Daten beigefügt werden und der Authentifizierung dienen sollen (§ 2 Nr. 1 SigG), so etwa eine eingescannte oder eingetippte Unterschrift; ein Sicherungswert ist damit nicht verbunden. Die fortgeschrittene elektronische Signatur setzt bereits eine gewisse Sicherheitsumgebung voraus (vgl. § 2 Nr 2 SigG). Es handelt sich (wie z.B. bei dem Verschlüsselungsprogramm „Pretty Good Privacy", PGP) um ein Sicherungsverfahren, bei dem jede elektronische Signatur nur einer einzigen und

Voraussetzungen stellen nach dem Stand der Technik sicher, dass die Erklärung dem Aussteller verlässlich zugeordnet werden kann und gegenüber Veränderungen während des Transports gesichert ist, so dass der Empfänger sich auf die Identität des Erklärenden und die Authentizität der Erklärung verlassen kann. Diese Sicherheit beruht auf einer elektronischen Verschlüsselung der Erklärung in Verbindung mit einem qualifizierten Zertifikat, das von Anbietern von Zertifizierungsdiensten ausgestellt wird[459].

Sofern das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes regelt, kann die elektronische Form die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform ersetzen, § 126 Abs. 3 BGB. Für Verträge gilt, dass die Parteien jeweils ein gleichlautendes Dokument elektronisch signieren müssen, § 126 a Abs. 2 BGB. Ausreichend ist derselbe Wortlaut, nicht erforderlich ist dagegen, dass es sich um ein und dasselbe Dokument handelt. Es genügt die Signatur jeweils getrennter, aber textlich übereinstimmender Dokumente durch jeden Vertragsschließenden. Die vorgeschriebene Schriftform wird auch dann gewahrt, wenn die Erklärung der einen Seite in der elektronischen Form abgegeben wird, während die andere Seite eine gleichlautende schriftliche Erklärung abgibt[460]. Zu beachten ist jedoch, dass auch die digitale Signatur (SigG) der Schriftform des BGB nicht gleichgestellt ist. Sie dient allein dem Zweck, ein Dokument und seinen Inhalt eindeutig einer bestimmten Person zuzuordnen,

---

identifizierbaren Person zugewiesen ist und die zur Erstellung der Signatur erforderliche Hard- oder Software unter der alleinigen Kontrolle des Signaturschlüsselinhabers steht. Die Verschlüsselung erlaubt es auch, nachträgliche Veränderungen der Daten zu erkennen. Darüber hinausgehende Anforderungen an eine Organisation der Schlüsselverwaltung oder an die zugrunde liegenden technischen Standards bestehen jedoch nicht. Die qualifizierte elektronische Signatur (§ 2 Nr. 3 SigG) unterscheidet sich von der fortgeschrittenen dadurch, dass ein Zertifizierungsdiensteanbieter eingeschaltet wird. Dieser überprüft unter anderem die Identität der zukünftigen Schlüsselinhaber, hält Ver- und Entschlüsselungsprogramme bereit, gewährleistet die Abrufbarkeit von elektronischen Zertifikaten, garantiert eine möglicherweise notwendig werdende schnelle Sperrung der elektronischen Signatur, archiviert Zertifikate, kurz: stellt eine zuverlässige Sicherheitsinfrastruktur zur Verfügung. Auch die technischen Voraussetzungen einer Signaturerstellung müssen bestimmten gesetzlichen Sicherheitsanforderungen genügen. Einer gewerberechtlichen Erlaubnis bedarf der Diensteanbieter allerdings nicht. Bei einer akkreditierten qualifizierten elektronischen Signatur schließlich hat sich der grundsätzlich nur zur Anzeige seines Betriebs verpflichtete Zertifizierungsdienst (§ 4 Abs. 1, 3 SigG) vorab einer Sicherheitsüberprüfung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (§ 3 SigG) im Hinblick auf technische Komponenten und Organisationsstruktur unterworfen und dafür ein Gütesiegel erhalten (vgl. § 15 SigG). Die administrative und technische Sicherheit wird nicht nur behauptet; sie wurde überprüft, vgl. *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363 m.w.N.

459 *Schwab*, Zivilrecht Rz 230.

460 BT-Drs 14/4987 S. 18; *Schwab*, Zivilrecht Rz 231.

entfaltet aber keine zivilrechtlichen Rechtsfolgen[461].

(c) Textform nach § 126b BGB

Die Textform des § 126b BGB als zweite Neuschöpfung des Formanpassungsgesetzes möchte Willenserklärungen im Internet dadurch internettauglich machen, dass sie in geeigneten Fällen durch Verzicht auf die eigenhändige Unterschrift die bislang geltende Schriftform „herabstuft"[462]. Damit erhält die Formlosigkeit eine „Form", die keinem der herkömmlichen Formzwecke[463] entspricht. Sie ist für Mitteilungen, Informationen oder Dokumentationen gedacht, in denen die Schriftform zu viel, die totale Formlosigkeit (= Mündlichkeit) aber zu wenig ist[464]. Im Focus steht damit die Information des Empfängers[465]. Die Voraussetzung der Textform ist die Lesbarkeit durch eine dauerhafte Wiedergabemöglichkeit in Schriftzeichen. Im Vordergrund steht die Möglichkeit der Wiedergabe, daher genügen diesen Anforderungen auch alle gespeicherten Verkörperungen auf Diskette, CD-ROM o.ä., aber auch in einer Email oder mittels Computerfax gesendete Mitteilungen[466].

Für die Wiedergabemöglichkeit ist ausreichend, dass der Empfänger die Möglichkeit hat, den Text dauerhaft aufzubewahren, indem er einen Ausdruck anfertigen kann[467], nicht aber, dass ein Ausdruck tatsächlich erfolgt[468]. Weiters muss sich aus der Erklärung die Identität des Absenders eindeutig ergeben[469], dies muss allerdings nicht der volle bürgerliche Name sein. Soweit für den Empfänger verständlich, genügt auch ein Vor-, Wahl- oder Spitzname[470].

Auch der Abschluss der Erklärung muss erkennbar gemacht werden. Hierfür reicht eine Nachbildung der Unterschrift (kein Unterschriftserfordernis) oder ein Hinweis aus, dass diese Erklärung auch ohne Unterschrift gültig ist. Wann die Textform erforderlich bzw. ausreichend ist, ergibt sich aus dem Gesetz. Sie kann

---

461 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 172.
462 *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363.
463 Siehe zur Textform die nachfolgenden Ausführungen unter XIII) 2) a).
464 *Jauernig* in *Jauernig*, § 126b Rz 1.
465 *Dästner*, Neue Formvorschriften, NJW 2001, 3469.
466 LG Kleve, Urt. v. 22.11.2002 – 5 S 90/02 (NJW-RR 2003, 196).
467 BT-Drs 14/4987 S. 43; *Heinrichs* in *Palandt*, § 127 Rz 2.
468 *Einsele* in MüKo, BGB § 127 Rz 4.
469 BGH, Urt. v. 21.02.1996 – IV ZR 297/94 (NJW-RR 1996, 641); BGH, Urt. v. 24.11.1998 – XI ZR 327/97 (ZIP 1999, 136).
470 *Heinrichs* in *Palandt*, § 126b Rz 4.

allerdings auch durch jede strengere Form ersetzt werden, da sie darin aufgeht[471].

(2) Rechtsgeschäftlich vorgeschriebene Form

Auch bei der privatrechtlich vereinbarten Schriftform gehört die Unterschrift grundsätzlich zur schriftlichen Erklärung, da erst diese die Geltung der Erklärung und deren willentliche Abgabe eindeutig dokumentiert. Dagegen ist die nicht unterschriebene Erklärung keine gehörige Erklärung, auf die man sich verlassen kann. Der Empfänger muss eine nicht unterschriebene Erklärung nicht gegen sich gelten lassen und kann sie zurückweisen. Weist er sie zurück, ist die Erklärung unwirksam. Der Empfänger kann die Erklärung aber auch annehmen und zum Ausdruck bringen, dass er die Erklärung sich gegenüber gelten lassen will. Er trägt dann aber das Risiko der Ausstelleridentität[472].

Da die Parteien nicht an die Formtypen des BGB gebunden sind, kann sich die Form darüber hinaus auch auf bestimmte Zugangsformen erstrecken, wie beispielsweise die Übermittlung per eingeschriebenen Brief. Allerdings wurde die Erfüllung der gewillkürten Schriftform seit jeher weit ausgelegt. Bereits vor Änderung und Einfügung neuer Paragraphen in den Gesetzeswortlaut durch das Formanpassungsgesetz vom 13.07.2001 konnte eine Erklärung ohne (originale) Unterschrift formwirksam übermittelt werden, sofern die Intention der Parteien gem. §§ 133, 157 BGB nichts anderes ergab[473]. So wurde bei der privatrechtlich vereinbarten Schriftform für einen Vereinsaustritt die Übermittlung der Erklärung per Telefax als genügend angesehen[474]. Nach den besonderen Gegebenheiten des Einzelfalls reichte sogar ein nicht unterschriebener Text, sofern die mit der Formvereinbarung bezweckte Klarheit erreicht wurde[475] oder eine Photokopie, die anstelle eines Originals ausgehändigt wurde[476]. Ebenfalls gedruckte oder sonst wie mechanisch vervielfältigte Unterschriften wurden zur Wahrung der rechtsgeschäftlich bestimmten Form als genügend angesehen, soweit diese Art der Unterschrift der Verkehrsübung entspricht[477].

---

471 *Jauernig* in *Jauernig*, § 126b Rz 1.
472 *Flume* Bd II § 15 I 5.
473 Vgl. zur weiten Auslegung BAG, Urt. v. 04.07.2001 – 2 AZR 469/00 m.w.N.; BGH, Urt. v. 03.11.1999 – I ZR 145/97; *Einsele* in MüKo, BGB § 127 Rz 3.
474 BGH, Urt. v. 22.04.1996 – II ZR 65/95 (NJW-RR 1996, 866).
475 BGH, Urt. v. 21.02.1996 – VI ZR 297/94.
476 BAG, Urt. v. 20.08.1998 – 2 AZR 603/97 (NJW 1999, 596).
477 *Singer/Benedict* in *Staudinger*, BGB § 127 Rz 1; RG, Urt. v. 27.02.1923 – VII 124/22 (RGZ 106, 330); RG, Urt. v. 25.06.1929 – VII 653/28 (RGZ 125, 73); *Flume* Bd II § 15 II

Nunmehr ist gesetzlich ausdrücklich normiert, dass für den Fall der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form die wahre Intention der Abrede zuerst durch Auslegung zu ermitteln ist. Damit ist bei der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung vorerst zu untersuchen, ob der Formvorschrift eine deklaratorische oder eine konstitutive Bedeutung beizumessen ist[478]. Fehlen konkrete Anhaltspunkte, genügt bei der frei gewählten Schriftform nach der Auslegungsregel des § 127 Abs. 2 BGB in der Regel die Kommunikation mittels Brief, Telegramm, Telex, Telefax oder Email, nicht aber die fernmündliche Übermittlung[479]. Ferner genügt – anders als nach § 126 Abs. 2 BGB – für den Vertragsschluss auch ein Briefwechsel, bei dem z.B. das Vertragsangebot in dem einen, die Annahme in dem anderen Brief verlautbart ist. Die beiden Erleichterungen können auch verbunden sein. So genügt der gewillkürten Schriftform im Zweifel auch der Ausdruck der vertraglichen Einigung in Form gegenseitiger Telefaxschreiben oder die Annahme eines brieflichen Angebotes durch eine Email etc.[480]. In diesen Fällen steht es den Parteien frei, nach § 127 Abs. 2 S. 2 BGB nachträglich eine elektronische Signierung oder eine dem § 126 BGB entsprechende Beurkundung zu verlangen.

Aus den genannten Regelungen ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber beabsichtigt, die Gültigkeit von Rechtsgeschäften im privaten Rechtsverkehr möglichst nicht an gewillkürten Formvorschriften scheitern zu lassen (Risiko der Rückabwicklung von im Vertrauen auf die Gültigkeit der Vereinbarung bereits durch die Parteien gewährte Leistungen nach den §§ 812ff. BGB, hier insbesondere die Gefahr des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB). Daher sind im Gegensatz zu den gesetzlich normierten Formvorschriften die Formvereinbarungen im Bereich des privaten Rechtsverkehrs tendenziell nicht stets, sondern nur im Zweifel nichtig. So kann es auch sein, dass eine ursprünglich vereinbarte Schriftformklausel im weiteren Verlauf der Rechtsbeziehung einvernehmlich (konkludent) aufgehoben wurde und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Einhaltung der Form nicht mehr abhängig ist. Sofern jedoch die Auslegung des Parteiwillens ergibt, dass eine konstitutive Formklausel vereinbart wurde oder

---

2 b.

478 *Hefermehl* in *Soergel*, § 127 Rz 1.

479 BGH, Urt. v. 03.11.1989 – I ZR 145/97; BGH, Urt. v. 22.04.1996 – II ZR 65/95; *Heinrichs* in *Palandt*, § 127 Rz 2; BT-Drs 14/4987, 43.

480 *Schwab*, Zivilrecht Rz 235.

wenn nach der Auslegung der Vereinbarung noch Zweifel bestehen, dann hat der Mangel der durch das Rechtsgeschäft vereinbarten Form gleichfalls die Nichtigkeit der Willenserklärung zur Folge, § 125 S. 2 BGB[481].

b) Übertragung behördlicher und prozessualer Willenserklärungen

Für die tägliche Kommunikation mit Gerichten können alle zur Verfügung stehenden Kommunikationseinrichtungen genutzt werden. Zwar ist nach dem BGH ist die Kommunikation im Privatrechtsverkehr mit der zwischen Staat und Bürger vergleichbar[482]. In der Praxis jedoch wird vor allem dem Kommunikationsmedium Telefax ein erhöhtes Vertrauen entgegen gebracht. So genügt für den rechtzeitigen Eingang bei Gericht, wenn das Empfangsgerät die übermittelten Daten vor Ablauf der Frist erhalten (gespeichert) hat. Auf den späteren Ausdruck kommt es nicht an[483].

(1) Übermittlung nicht bestimmender Schriftsätze

Für verschiedene vor Gerichten abzugebende Willenserklärungen gilt ein Verwendungszwang für Vordrucke. So müssen die Parteien beispielsweise ihre Anträge und Erklärungen im Mahnverfahren auf den nach § 703c Abs. 1 ZPO eingeführten Vordrucken tätigen. Daher ist ein nicht mittels richtigen Vordrucks gestellter Mahnantrag zu beanstanden. Hierzu zählt auch ein per Telefax übermittelter Mahnantrag an das Gericht, weil er im Verfahren rechtlich als Kopie eingeordnet wird. Da eine heilende Mangelbehebung durch die Verwendung eines richtigen Vordruckes möglich ist, hängt die Verjährungshemmung bzw. -unterbrechung von der Zustellung („demnächst") des geheilten Mahnantrages an den Gegner ab[484].

(2) Übermittlung vorbereitender bzw. bestimmender Schriftsätze

Der Inhalt dieser Schriftsätze ist in § 130 ZPO geregelt[485]. Zu beachten ist, dass

---

481 vgl. zu allem *Hefermehl* in *Soergel*, § 127 Rz 5; *Heinrichs* in *Palandt*, § 127 Rz 1; *Jauernig* in *Jauernig*, § 127 Rz 2.

482 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93.

483 BGH, Beschl. v. 25.04.2006 – IV ZB 20/05 (NJW 2006, 2263); siehe ferner BGH, Beschl. v. 19.04.1994 – VI ZB 3/94.

484 LG Hagen, Beschl. v. 28.10.1991 – 13 T 639/91 (NJW 1992, 2036; RPfleger 1992, 167); OLG Stuttgart, Urt. v. 08.02.2000 – 10 U 153/99 (OLGR Stuttgart 2000, 297); AG Siegburg, Urt. v. 03.07.2001 – 8a C 61/01, weiterführend *Vorkommer* in *Zöller* §§ 703c Rz 7, 8; 691 Rz 4, 5; *Greger* in *Zöller* § 167 Rz 10.

485 Der § 130 ZPO gilt entgegen dem Wortlaut nicht nur für den vorbereitenden Schriftsatz, sondern auch und vor allem für den bestimmenden (fristwahrenden) Schriftsatz, vgl.

die Bedeutung der Schriftform im Verfahrensrecht nicht derjenigen im materiellen Recht entspricht. Zwar muss ein korrekter Schriftsatz auch die Unterschrift der Person enthalten, die den Schriftsatz zu verantworten hat. Allerdings können auch bestimmende Schriftsätze wirksam durch ein Telegramm (ohne Unterschrift), Telex (ohne Unterschrift) oder Telefax (mit Unterschriftsabbildung) übermittelt werden können[486].

Nach der gesetzgeberischen Intention steht bei dieser Norm die Identifikation im Vordergrund; ausreichend ist, dass „das Bild" des Originalschriftzugs erkennbar ist[487]. Weiters werden zugunsten des Bedürfnisses des Rechtssuchenden (resp. ihrer Bevollmächtigten), Fristen möglichst voll ausschöpfen zu können, gewisse Abstriche vom Formerfordernis gemacht[488]. So hatte schon das Reichsgericht mit Blick auf die Fristausschöpfung das Telegramm akzeptiert[489], später erfolgte auch die Anerkennung des Fernschreibens durch den BGH[490].

Obwohl die Schriftsatzeinreichung durch Telegramm und Fernschreiben in der Literatur zum Teil als Verstoß gegen das Schriftformerfordernis gesehen wurde[491] wurde dieser Ausnahmeregelung nicht vertiefend nachgegangen, weil ihre praktische Bedeutung ausgesprochen gering war[492]. Von diesen Übermittlungsmöglichkeiten wurde nämlich nur selten Gebrauch gemacht: Von

---

Hartmann in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann*, ZPO[64] (2006) § 129 Rz 5. Zumindest letzterer muss grundsätzlich eigenhändig und handschriftlich unterschrieben werden, BGH, Urt. v. 24.07.2001 – VIII ZR 58/01 (NJW 2001, 2888; VersR 2002, 589).

486 Der § 130 ZPO wurde durch Art. 2 des Formanpassungsgesetz (siehe FN 164) geändert und trat am 01.08.2001 in Kraft. Zuvor galt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass für bestimmende Schriftsätze die eigenhändige Unterschrift des Ausstellers erforderlich ist, um diesen unzweifelhaft identifizieren zu können; siehe BGH, Urt. v. 10.07.1997 – IX ZR 24/97; *Dästner*, Neue Formvorschriften, NJW 2001, 3469; *Düwell*, NZA 1999, 291 m.w.N.

487 *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* § 130 Rz 27; a.A. *Greger* in *Zöller* § 130 Rz 22 m.w.N., der Unterschriften als Wirksamkeitserfordernis aufgeben möchte.

488 Voraussetzung für den Zugang ist jedoch immer eine direkte Übermittlung zwischen Absender und Empfänger. Einer Übersendung des Schriftsatzes an einen Boten und die anschließende Überbringung sei nicht zu entnehmen, ob die als Fernschreiben oder Telekopie überbrachte Mitteilung dem Willen des Absenders zur Weiterleitung an das Gericht entspricht, vgl. BGH, Urt. v. 05.02.1981 – X ZB 13/80 (BGHZ 79, 314).

489 RG, Beschl. v. 28.11.1932 – IVb 4/32. In der Begründung schloss sich das Reichsgericht dem Reichsarbeitsgericht in dessen Urteil vom 23.02.1929 – RAG 83/28 (RAGE 3, 252) an und ließ auch ein fernmündlich aufgegebenes Telegramm zu. Das schriftliche und mit Unterschrift versehene (Aufgabe-)Telegramm war zuvor schon anerkannt, vgl. nur RG, Urt. v. 04.05.1900 – III 73/00 (RGZ 46, 375); RG, Urt. v. 11.01.1907 – II 357/06 (RGZ 65, 81); RG, Beschl. v. 11.11.1927 – III B 17/27 (RGZ 119, 62).

490 BGH, Beschl. v. 15.04.1975 – IX ZB 30/74 (BGHZ 65, 10).

491 RG, Beschl. v. 28.11.1932 – IVb 4/32; BGH, Beschl. v. 15.04.1975 – IX ZB 30/74.

492 Vgl. dazu auch den Vorlagenbeschluss des BGH, Beschl. v. 29.09.1998 – XI ZR 367/97 (NJW 1998, 3649).

weiteren Nachteilen abgesehen, war es generell unpraktisch, beispielsweise eine längere Rechtsmittelbegründung zu telegraphieren. Allein der Kostenfaktor ließ dies untunlich erscheinen. Die Anerkennung dieser Übermittlungstechniken beschränkte sich mithin auf eine praktische Randerscheinung.

Schwachheim möchte die sich aus heutiger Sicht ergebenden Zweifel an der Richtigkeit jener Rechtsprechung zu eben diesen Übermittlungswegen auf sich beruhen lassen. Gleichzeitig gibt er aber zu Bedenken, jene – aus seiner Sicht Ausnahmefälle betreffende – Rechtsprechung heran zu ziehen, wenn es darum gehe, den „künftigen Normalfall" zu betrachten, die Nutzung moderner Kommunikationstechniken im gerichtlichen Verfahren[493].

(a) Übertragung bestimmender Schriftsätze per Telefax

Ungeachtet der mahnenden Ausführungen *Schwachheims* ist jedoch für das klassische Telefax allgemeinen Ansicht, dass die Übertragung fristwahrender Schriftsätze per Telefax im Zivilprozessrecht[494] in allen Gerichtszweigen uneingeschränkt zulässig ist[495]. Zwingende Voraussetzung ist allerdings, dass die Originalunterschrift auf der Telekopie wiedergegeben ist. Der Aussteller muss daher die versandte Originalurkunde zuvor handschriftlich unterzeichnet haben. Ein maschinenschriftlicher Vermerk wie z.B. „gez. Name" etc. ist nicht ausreichend[496]. Auch die Anwahl einer falschen Telefaxnummer ist unschädlich, wenn die Mitteilung nur am falschen Endgerät der Behörde, aber damit trotzdem in ihren Herrschaftsbereich eingelangt sei. Dies ergebe sich aus Art. 2 Abs. 1 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip, da dem Bürger (bzw. auch dessen Rechtsanwalt) eine Ungewissheit über die Verteilung der Zuständigkeiten und gerichtliche Organisationsstruktur nicht angelastet werden könne[497].

---

493 *Schwachheim*, Abschied vom Telefax im gerichtlichen Verfahren? NJW 1999, 621.

494 § 130 Nr. 6 ZPO, entsprechend anwendbar im Verwaltungsverfahren gemäß § 173 VwGO.

495 BGH, Beschl. v. 20.02.2003 – V ZB 60/02 (NJW-RR 2003, 861).

496 Siehe auch *Dästner*, Neue Formvorschriften, NJW 2001, 3469. A.A. aber BSG, Beschl. v. 15.10.1996 – 14 Beg 9/96; FG Hamburg, Urt. v. 21.11.2000 – II 137/00; wonach ein Computerfax mit eingescannter Unterschrift keinen höheren Beweiswert besitze als eines ohne eingescannte Unterschrift. Letztere Ansicht ist aber abzulehnen, da dies der dauerhafte Datenträger (§ 316a Abs. 3 BGB) ist. Diese Begriffe unterscheiden sich aber von der Schriftform ganz erheblich, da ihr Schwerpunkt auf der Informationsvermittlung liegt und die Authentizität nachrangig ist, vgl. *Vehslage*, Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, DB 2000, 1801.

497 BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 – 1 BvR 370/84 (BVerfGE 69, 381); BVerfG, Beschl. v.

(b) Übertragung bestimmender Schriftsätze per Computerfax

Auch beim Computerfax gilt, dass ein maschinenschriftlicher Vermerk wie z.B. „gez. Name" etc. für bestimmende Schriftsätze nicht ausreichend ist. Allerdings hat der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes (GmS) für eine durch Computerfax übermittelte Berufungsbegründung entschieden[498], dass in Prozessen mit Vertretungszwang bestimmende Schriftstücke formwirksam durch elektronische Übertragung einer Textdatei mit eingescannter Unterschrift auf ein Faxgerät des Gerichts übermittelt werden können. Insofern reicht bei der Verwendung eines Computerfax aus, wenn der Aussteller die Unterschrift eingescannt und dieses Unterschriftsbild vor dessen Versand unter die Mitteilung kopiert hat.

Allerdings führt der GmS in seiner Entscheidung aus, dass auf die eigenhändige Unterschrift von Rechtsmittelbegründungsschriften nur dann und nur insoweit verzichtet worden wäre, als technische Gegebenheiten einen solchen Verzicht erforderlich machten. Werde dagegen der bestimmende Schriftsatz mittels eines normalen Telefaxgeräts übermittelt, so könne der ausgedruckt vorliegende, per Fax zu übermittelnde Schriftsatz von dem Rechtsanwalt ohne weiteres unterschrieben werden. Mangels technischer Notwendigkeit ist es daher abzulehnen, in einem solchen Fall auf das Unterschriftserfordernis zu verzichten[499] oder das bloße Einscannen der Unterschrift genügen zu lassen[500].

Zwar verlange § 130 Nr. 6 2. Hs ZPO „die Wiedergabe der Unterschrift in Kopie" bei der Nutzung von Telefaxgeräten. Die unterschiedliche rechtliche Behandlung des normalen Telefax zum Computerfax sei jedoch sachlich berechtigt. Durch die Unterschrift werde gewährleistet, dass es sich beim Versand durch ein normales Telefaxgerät nicht um einen unabsichtlich versandten Entwurf handele.

Diese Auffassung führt allerdings dazu, dass das klassische Telefax und das Computerfax im Ergebnis im Zivilprozess ungleich behandelt werden. Zwar erreicht aus Sicht des Empfängers sowohl ein mittels normalem Telefax, als auch mittels Computerfax übersandter Schriftsatz das gerichtliche Empfangstelefax.

Für die Frage nach der Fristwahrung eines bestimmenden Schriftsatzes mit

---

04.05.1977 – 2 BvR 616/75 (BVerfGE 44, 302).

498 BGH, Beschl. v. 05.04.2000 – GmS-OGB 1/98.

499 BGH, Beschl. v . 11.10.1989 – IVa ZB 7/89.

eingefügter – und nicht handschriftlich geleisteter – Unterschrift kommt es allerdings ausschließlich auf das Medium des Absenders an. Wird eine eingescannte Unterschrift des Prozessbevollmächtigten in einem bestimmenden Schriftsatz in ein Dokument eingefügt und anschließend nicht unmittelbar per Computerfax übermittelt, sondern ausgedruckt und durch ein normales Telefax übersandt, genügt diese Vorgehensweise nicht den Formerfordernissen des § 130 Nr. 6 ZPO[501].

(c) Übertragung als elektronisches Dokument

Nach § 130a ZPO genügt für vorbereitende und bestimmende Schriftsätze ebenso wie bei der geforderten Schriftlichkeit die Übermittlung als elektronisches Dokument (z.B. per Email), sofern dies für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind denen des § 126a BGB vergleichbar. Damit gilt, dass eine Email mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sein „soll", wodurch für diese Dokumente sowohl die Authentizität des Absenders, als auch die Integrität des Dokuments gewährleistet würde. Obwohl zur Frage der zwingenden Form als „muss"-Bestimmung sogar ein Vermittlungsverfahren zwischen Bund und Ländern initiiert wurde, blieb es bei der jetzigen Form, um ein Auseinanderfallen der Formerfordernisse zwischen § 130 ZPO und § 130a ZPO zu vermeiden[502]. Dessen ungeachtet wurde in der abschließenden Beratung des Vermittlungsausschusses vom Berichterstatter zu Protokoll gegeben, dass *„der Vermittlungsausschuss davon ausgehe, dass auch die Formvorschrift in § 130 a Abs. 1 ZPO und in den anderen Prozessordnungen für bestimmende Schriftsätze als Muss-Vorschrift zu interpretieren ist und lediglich in besonderen Fällen – wie bei der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 130 ZPO herausgebildet*[503] *– von einer qualifizierten elektronischen Signatur*

---

500 BGH, Beschl. v . 21.09.2006 – V ZR 260/05.

501 In diesem Fall besteht die Möglichkeit der Heilung des bestimmenden Schriftsatzes, allerdings nur mit ex-nunc-Wirkung, vgl. BGH, Urt. v. 29.11.1956 – III ZR 235/55 (BGHZ 22, 257); BAG, Urt. v. 26.01.1976 – 2 AZR 506/74 (NJW 1976, 1285). Das Gericht hat den Beteiligten möglichst schon vor der Zustellung auf etwaige Formmängel beim notwendigen Inhalt der Klageschrift hinzuweisen, vgl. § 139 Abs. 2 ZPO. Die Nachholung ist grds. jederzeit möglich aber auch notwendig. Wird das Fehlen der Unterschrift trotz Hinweises nicht behoben, ist die Klage als unzulässig abzuweisen, auch wenn sich der Beklagte rügelos eingelassen hat, BGH, Urt. v. 24.03.1972 – IV ZR 65/71 (NJW 1972, 1373) a.E.; *Greger* in *Zöller*, § 253 Rz 22.

502 *Dästner*, Neue Formvorschriften, NJW 2001, 3469.

503 Vgl. die Ausführungen unter VII) 1) b).

abgesehen werden kann, insbesondere um flexibel auf technische Entwicklungen reagieren zu können[504].

(3) Übermittlung von Entscheidungen der Behörde an den Bürger

Aber auch der Bürger muss die Kommunikation per Telefax an sich oder seinen Vertreter durch die Behörde gegen sich gelten lassen. Nach allgemeiner Ansicht kann ein Bescheid durch eine Behörde auch mit Hilfe moderner Übermittlungsmethoden wie dem Telefax bekannt gegeben werden[505].

2) Voraussetzungen für die wirksame Übertragung in Österreich

a) Ausgangslage zur Übertragung zivilrechtlicher Willenserklärungen

Grundsätzlich gilt in Österreich ebenso wie in Deutschland die Formfreiheit beim Vertragsabschluß. Danach hängt die Wirksamkeit von Verträgen und einseitigen Rechtsgeschäften nicht von der Einhaltung einer bestimmten Form ab, § 883 ABGB. Mündliche Verträge sind gültig, sofern sich nicht aus besonderen gesetzlichen Anordnungen oder aus Parteivereinbarungen Formpflichten ergeben[506]. Dies gilt – als Besonderheit gegenüber der ansonsten in weiten Teilen übereinstimmenden Rechtslage im Vergleich zu Deutschland – auch für Grundstücksgeschäfte. Zwar bedarf es gemäß § 432 ABGB zur „Verbücherung" des Eigentumsübergangs einer beglaubigten Urkunde über das Erwerbungsgeschäft, jedoch kann der Erwerber bereits aufgrund des mündlich geschlossenen Vertrages die Mitwirkung des Veräußerers bei der Urkundsausstellung als Teil der Erfüllungshandlung verlangen[507]. Bei rechtsgeschäftlichen Formpflichten wird vermutet, dass die Parteien vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen, § 884 ABGB. Aus der Parteienvereinbarung ergibt sich also im Zweifel ein Gültigkeitserfordernis

---

504 Niederschrift der 765. Sitzung des Bundesrats vom 22. Juni 2001, S. 322.

505 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.01.2002 – 12 LA 17/02 (NJW 2002, 1969); BFH, Beschl. v. 31.03.1998 – I S 8/97 (NJW 1998, 2383); OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.01.2000 – 20 W 591/99 (NJW 2000, 1653); *Stelkens* in *Stelkens*/*Bonk*/*Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz[6] (2001) § 41 Rz 19; *Henneke* in *Knack*/*Busch*/*Clausen*, Verwaltungsverfahrensgesetz[8] (2003) § 41 Rz 14; *Liebetanz* in *Obermayer*, Verwaltungsverfahrensgesetz[3] (1999) § 41 Rz 11; BFH, Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96 (BFHE 186, 491; BB 1999, 303).

506 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 163; *Holzhammer*/*Roth*, BGB 87.

507 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 366, so lag der Fall auch in der Entscheidung des OGH vom 10.03.1992, 5 Ob 509/92 (SZ 65/37; JBl 1992, 796; ImmZ 1993, 54): Danach unterbreitete der Kläger per Telefax ein Kaufangebot für eine Liegenschaft, was der Beklagte ebenfalls per Telefax annahm. Den Rücktritt drei Tage darauf erklärte der OGH für nicht wirksam, vgl. *Iro*, Vertragsschluss, RdW 1993, 1.

(konstitutive Wirkung)[508]. Gleichzeitig kann durch ausdrückliche oder auch konkludente Parteivereinbarung ein Kommunikationsmedium bestimmt werden, mittels dessen rechtlich erhebliche Nachrichten ausgetauscht werden[509]. Neben der mündlichen Form gibt es noch die Schriftform und die öffentliche Form. Letztere bedarf der Mitwirkung des Notars oder des Gerichts[510].

(1) Grundsatz: Schriftlichkeit bedeutet Unterschriftlichkeit

Sofern das österreichische Zivilrecht die Schriftlichkeit als Wirksamkeitserfordernis voraussetzt, sind die Anforderungen mit denen der gesetzlich vorgeschriebenen schriftlichen Form nach deutschem Recht (dBGB) vergleichbar.

Auch wenn das ABGB nicht wie im dBGB zwischen Schrift- und Textform unterscheidet und auch Umfang und Ausmaß der Schriftlichkeit nicht detailliert normiert sind, bedeutet Schriftlichkeit in der Regel Unterschriftlichkeit[511], es sei denn, das Gesetz sieht ausdrücklich eine Ausnahme vor[512]. Die Erklärung erlangt erst mit der (eigenhändigen) Unterschrift auf dem Originaldokument verbindliche Wirkung[513]. Auch wenn das Erfordernis der Eigenhändigkeit der Unterschrift nicht explizit normiert ist, wird es arg. e contrario aus § 886 S. 3 ABGB gefolgert[514]. Die so verstandene Schriftlichkeit findet unterschiedslos sowohl auf die gesetzlich

---

508 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 89.

509 OGH 10.10.2002, 2 Ob 81/02a (Schriftverkehr per Telefax).

510 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 165.

511 *Krejci* in *Rummel* Bd. II § 3 KSchG Rz 54, § 6 KSchG Rz 66; *Koziol*/*Welser*, Grundriß 151; OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93; OGH 14.07.1988, 6 Ob 617/88 (ÖBA 1989, 176); OGH 26.02.1998, 8 Ob 117/97g (ecolex 1998, 549 (mit Anm. *Wilhelm*)).

512 Vgl. beispielsweise § 3 Abs. 4 KSchG oder § 39 Abs. 1 VersVG, für welchen das Gesetz anordnet, dass für die Unterschriftsform auch ein Faksimile ausreicht. Für den Schiedsvertrag genügt dem Formgebot nach § 583 Abs. 3 ZPO auch eine Telekopie der unterschriebenen Urkunde. Auf Verlangen des Abrechnungsberechtigten sieht der Entwurf für ein Bundesgesetz über die Gebäudebewirtschaftungskosten und deren Abrechnung in § 14 Abs. 4 GBAG den Ausbau der elektronischen Übermittlung (beispielsweise durch Telefax, Email Internet, Intranet) der jeweils zustehenden Abrechnung vor: Zur Gesetzesbegründung wird vorgebracht, dass neben der raschen und kostengünstigen Kommunikation auch der stetige Rückgang von Hausbesorgerposten ausschlaggebend sei. Allerdings solle der Abrechnungspflichtige durch das Gesetz nicht zur elektronischen Übermittlung verhalten, sondern lediglich berechtigt werden, vgl. *Call*/*Hanel* Gebäudebewirtschaftungsrecht (GBAG), Endbericht FGW: 5/2004, zu finden unter: http://www.iibw.at/deutsch/portfolio/wohnen/downloads/GBAG%20Endbericht%200405.pdf.

513 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95 (SZ 68/63; JBl 1995, 656; ÖJZ 1995/120 (EvBl); ecolex 1995, 487; ZEUP 1997, 1137 (mit Anm. *Bydlinski*); ÖBA 1996, 73 (mit Anm. *Rummel*)); *Gamerith* in *Rummel* Bd. II § 1346 Rz 8.

514 *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211; *Gschnitzer* in *Klang*[2] (1951) Bd IV Tbd 1, 269; *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 1.

angeordnete, als auch die privatrechtlich vereinbarte Schriftform Anwendung[515] und gilt auch für einseitige Erklärungen, für welche das Gesetz, ohne eine entsprechende Einschränkung zu machen, die Schriftlichkeit normiert[516].

Auch die Argumente für die zwingend erforderliche Unterschrift gleichen denen der gesetzlich normierten Schriftlichkeit nach dem dBGB. Die Unterschrift erfüllt eine Abschluss- und Identitätsfunktion, da hierdurch dem Schriftstück der Inhalt der abzugebenden Erklärung und die Person, von der sie ausgehe, hinreichend zuverlässig entnommen werden kann[517]. Nicht zwangsläufig müssen die Unterschriften unbedingt am Ende der Urkunde sein. Ausreichend ist die Erkennbarkeit, dass nach Art und äußerer Form der Urkunde die Unterfertigenden den ganzen Text zur Kenntnis genommen haben[518].

Im Unterschied zu Deutschland beurteilt sich nach dem Formzweck auch, ob in Aufhebungsverträgen etwaige Abänderungen u.ä. der Form des aufzuhebenden bzw. abzuändernden Geschäfts bedürfen. In der Praxis aber kommt die Judikatur beider Staaten zu weitgehend gleichen Ergebnissen[519].

Die Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Form bewirkt grundsätzlich Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts[520]. Aus dem Zweck des Formgebots ergibt sich regelmäßig, dass auch die Vollmachtserteilung oder der Vorvertrag zu einem formpflichtigen Geschäft der gesetzlichen Form bedürfen. Soweit einer der Beteiligten zu einer Leistung verpflichtet wird, verbleiben Naturalobligationen[521]. Hierbei handelt es sich um eine Leistungsverbindlichkeit, die nicht einklagbar, wohl aber erfüllbar ist. Somit heilt die tatsächliche Leistung des Versprochenen die Form. Das Geleistete kann nicht zurück gefordert werden (§ 1432 ABGB), es sei denn, die Formvorschrift will auch formlose Vermögensverschiebungen

---

515 Zu beachten ist für die gewillkürte Schriftform, dass § 886 wohl nur eine Zweifelsregel ist, da nur so eine Harmonisierung mit § 884 ABGB möglich scheint, *Gschnitzer* in *Klang* 266; *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 1.

516 Vgl. nur OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93; OGH 25.05.1993, 5 Ob 41/93.

517 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95; OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93 (mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 25.03.1986 – IX ZB 15/86); OGH 14.05.1985, 5 Ob 535/85 (SZ 58/85; ÖJZ 1986/73 (EvBl)); *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211.

518 *Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

519 *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 11 m.w.N.

520 Unstrittig, vgl. etwa OGH 17.04.1984, 4 Ob 29/84 (DRdA 1985, 123 (mit Anm. *Holzer*)) oder *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 14.

521 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 88.

verhindern[522].

(2) Verkehrsanschauung im Sinne des § 886 S. 3 ABGB

Ungeachtet des nicht explizit normierten Grundsatzes, dass Schriftlichkeit mit einer Unterschriftlichkeit gleichzusetzen ist, trifft das Gesetz in § 886 S. 3 ABGB eine Ausnahmeregelung. Danach genügt eine mechanische Nachbildung des Namenszuges (Faksimilestempel) nur dann, wenn dies im Geschäftsverkehr üblich ist[523]. Welches Verhalten im Geschäftsverkehr üblich ist, ergibt sich entweder aus dem Schutzzweck der Norm oder dem auszulegenden Vertragswillen der Beteiligten. Bei einer vertraglichen Formvereinbarung ist der Zweck im Wege der Vertragsauslegung nach den §§ 914f ABGB zu ermitteln[524].

b) Form und Formgebote im Lichte neuer Kommunikationsmedien

Basierend auf dieser Ausgangslage kommen Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf die moderneren Kommunikationsmittel zu völlig gegensätzlichen Ergebnissen.

(1) Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung legt den Fokus auf den Grundsatz, dass die Schriftlichkeit der Unterschriftlichkeit gleichzusetzen sei. Hieran ändere auch die Ausnahmeregelung des § 886 S. 3 ABGB nichts. Eine unverkörperte Übermittlung reiche zur Wahrung der Schriftform daher nicht aus[525].

Nach dem OGH ist erster und wichtigster Zweck der Unterschrift der Ausschluss jeglichen Zweifels daran, dass die Erklärung wirklich von dem stammt, von dem sie zu stammen vorgibt[526]. Dieses Ziel sei nur mit einer Originalunterschrift auf dem Originaldokument zu erreichen. Daher seien die neuen Kommunikationsmedien bei einem Schriftformgebot in der Regel ebenso wie eine

---

522 OGH 26.05.1998, 5 Ob 77/98d (JBl 1998, 650; WoBl 1998, 347 (mit Anm. *Call*)); *Koziol*/*Welser*, Grundriß 166.

523 OGH 26.05.1998, 5 Ob 77/98d.

524 OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96 (JBl 1996, 659). Hierbei gilt, dass „im Zweifel ein Vertrag so auszulegen sei, dass er von Wirkung ist". Obwohl dieser letzte Satz des § 914 ABGB in seiner Urfassung durch die III. TN gestrichen wurde „weil sie, soweit sie zutrifft, selbstverständlich ist", ist der darin enthaltene Rechtsgedanke durchaus nicht überholt. Da diese Maxime nicht nur für Verträge sondern auch für die Gesetzesauslegung gilt, ist nicht zu sehen, weshalb sie nicht im Grundsatz auch für die Auslegung von Prozesserklärungen gelten sollte, vgl. *Rummel*, Schiedsvertrag und ABGB, ÖRZ 1986, 146 m.w.N.

525 *Gschnitzer* in Klang 272; OGH 14.05.1985, 5 Ob 535/85; *Koziol*/*Welser*, Grundriß 164.

526 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.

Photokopie als untauglich anzusehen[527]. Schon für das Telegramm sei entschieden worden, dass es in Ermangelung der eigenhändigen Unterschrift auf dem Originaldokument auch gleichgültig sei, ob eine eigenhändig unterschriebene Aufgabedepesche oder etwa nur eine telefonische Aufgabe vorliege[528]. Gleiches gelte für das Telex, Telefax, Email oder Internet.

(2) Ansicht der Literatur

Weite Teile des österreichischen Schrifttums legen dagegen den Fokus auf den Gesetzeswortlaut des § 886 S. 3 ABGB. Ungeachtet des Grundsatzes, dass die Schriftlichkeit der Unterschriftlichkeit gleichzusetzen sei, müsse das ABGB zeitgerecht ausgelegt werden. Gerade die Regelung des § 886 S. 3 ABGB sei eine Öffnungsklausel, die Neuerungen und Zeitgeist Rechnung trägt. Sofern im Geschäftsverkehr und von den Beteiligten akzeptiert, sollten gesetzliche oder vertragliche Formgebote den Rechtsverkehr nicht unnötig behindern. Eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege sei dann ausreichend, wenn die Verwendung der jeweiligen Medien im Geschäftsverkehr üblich sei[529].

Die Üblichkeit erkläre sich aus dem Verhalten der Geschäftspartner, mittels bestimmter Kommunikationsmedien wie beispielsweise dem Telefax zu kommunizieren. Somit gebe derjenige, der sich am Telefaxverkehr beteiligt, damit zu erkennen, dass für ihn diese Übermittlungsform geschäftsüblich sei[530]. Infolge der fortschreitenden Verbreitung der neuen Kommunikationsmedien reiche daher

---

527 Unzureichend mangels Unterschrift sind: Telegramm (OGH 12.11.1952, 2 Ob 723/52 (SZ 25/302 für Verfahrensrecht, doch ist dies zu verallgemeinern, OGH 25.03.1974, 2 Ob 123/73 (SZ 47/35)), Fernschreiben (OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95), Bürgschaft (OGH 24.03.1988, 6 Ob 537/88 (ÖBA 1988, 712 (mit Anm. *Koziol*) – Abberufung einer Garantie, wenn ein eingeschriebener Brief vereinbart ist) und wohl in der Regel auch Telefax (OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93, da es schon an der Unterschrift am Original fehlte, BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91). Ebenso *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208; aM aber *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211; *ders.* in *Rummel* § 886 Rz 1: keine formgerechte Bürgenerklärung per Telefax, auch wenn die der Fernkopie als Grundlage dienende Urkunde die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden enthält, vgl. auch *Apathy*/*Riedler* in Schwimann[3] (2006) § 886 Rz 2.

528 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95.

529 *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 2; *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211; *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289; *Koziol*, Zur Frage der Formwirksamkeit einer Bürgschaft bei Telefax in EWiR 1993, 561; OGH 05.12.1995, 1 Ob 620/95 (ecolex 1996, 447 (mit Anm. *Wilhelm*); ÖBA 1996, 474 (mit Anm. *Koziol*)); *Bydlinski* Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, RdW 1996, 196; *Pfersmann*, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, ÖJZ 1997, 531 (B. Obligationenrecht).

530 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289; tendenziell ebenso *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 1, der im Einzelfall auf Geschäftstyp und den damit intendierten Formzweck

eine unverkörperte Übermittlung zur Wahrung der Schriftform – bis auf Ausnahmefälle – aus.

c) Bürgschaftserklärung und Garantieversprechen

Dieser Streit lässt sich exemplarisch anhand der Frage, ob eine Bürgschaft wirksam per Telefax erteilt werden kann, darstellen. Während der Handelsverkehr als nicht besonders schutzbedürftig angesehen und eine Telefax-Bürgschaft nach §350 HGB wirksam wäre[531], gehen die Ansichten von Rechtsprechung und Literatur für eine Bürgschaftserklärung via Telefax im Privatrechtsverkehr auseinander.

(1) Begründung der Rechtsprechung

Eine durch Telekopie übermittelte Erklärung im nichtkaufmännischen Rechtsverkehr entspreche nach § 1346 Abs. 2 ABGB mangels eigenhändiger Originalunterschrift des Erklärenden nicht dem gesetzlichen Formgebot[532]. Dies gelte auch dann, wenn die der Fernkopie als Grundlage dienende Urkunde die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden enthalte[533]. Zur Begründung verweist der OGH auf den deutschen BGH. Die Frage nach der formgerechten Erteilung der Bürgschaftserklärung stelle sich nach österreichischer Rechtslage nicht anders dar als nach der deutschen. Auch nach österreichischem Recht müsse eine dem gesetzlichen Formgebot entsprechende Bürgschaftserklärung dem Vertragspartner zugehen, um als rechtsgeschäftliche Willenserklärung verbindlich zu werden[534].

Unter Zugrundelegung der Entscheidungen SZ 58/85[535] und EvBl 1994/86[536] habe für die schriftliche Verpflichtungserklärung eines Bürgen auch die Beteiligung am Telefaxverkehr keinen Einfluss auf die Form. Allein aus der Nutzung moderner Kommunikationsmedien lasse sich nämlich nicht erkennen, dass diese

---

abstellen will.

531 *Karollus*, Kaduzierung von GmbH-Anteilen: Androhung durch einfachen Brief oder durch Telefax? ecolex 1997, 436; OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95.

532 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95; *Bydlinski*, Telefaxbürgschaft, RdW 1996, 196.

533 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95 (die Bürgschaftsurkunde im Original wurde im konkreten Fall dem Empfänger nicht ausgehändigt); *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208; *Koziol*/*Welser*, Grundriß 151; *Gschnitzer/Faistenberger*/*Barta*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[2] (1992) 735; offenbar ebenso in diesem Sinne zu verstehen: *Mader*/*Faber* in *Schwimann* § 1346 Rz 5.

534 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95.

535 Fernschreiben reicht zur Erfüllung des Schriftformerfordernisses wegen fehlender Unterschrift nicht aus.

536 Ein maschinengeschriebener Name erfüllt die Kriterien der Unterschrift nicht.

Übertragungsform und Unterschrift für die Bürgschaft geschäftsüblich sei[537]. Zu beachten sei, dass die „Üblichkeit" im Sinne des § 886 S. 3 ABGB ein objektives Kriterium sei. Daher spiele es keine Rolle, was für einen bestimmten Teilnehmer am Geschäftsverkehr üblich sein möge, sondern nur, was im Geschäftsverkehr allgemein üblich sei[538]. Folglich sei es dem Telefaxbürgen auch nicht verwehrt, sich auf die Ungültigkeit seiner Verpflichtungserklärung zu berufen. Dies gelte selbst dann, wenn er die Echtheit der Telefaxbürgschaft im Prozess anerkannt habe[539].

Aber auch in anderen Fällen, in denen es sich um eine den Absender begünstigende Wirkung handelte, hat der OGH der Telefaxerklärung die Wirksamkeit versagt. Es ging hier um eine Aufforderung nach § 10 Abs. 4 Z. 1 MRG, für die das Gesetz Schriftlichkeit vorsieht (wobei in casu auch das Original keine eigenhändige Unterschrift, sondern nur den Namen des Absenders in Maschinenschrift enthielt)[540], sowie um einen Garantieabruf, für den in den Garantiebedingungen die Schriftform (unter Beifügung eines Amtssiegels) vorgesehen war[541].

Mittlerweile gilt nach der Rechtsprechung der Grundsatz Schriftlichkeit gleich Unterschriftlichkeit auch für die Formbedürftigkeit von Garantieversprechen. Der OGH hat hier seine ursprüngliche Haltung zur Formfreiheit[542] aufgegeben und mittlerweile – obwohl gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt – auch für den echten Garantievertrag die Einhaltung der Schriftform verlangt.

Nach seiner Ansicht handele sich um einen nicht aufklärbaren Wertungswiderspruch, einerseits die Haftungserklärung des Bürgen (der eine bloß akzessorische Haftung übernimmt) wegen der „schweren Folgen" einem Formgebot zu unterwerfen, andererseits die Haftungserklärung des Interzedenten

---

537 So aber *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

538 OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95; ***Rummel*** in ***Rummel*** § 886 Rz 6 (abzustellen sei auf den Geschäftstyp); in diesem Sinne wohl auch ***Wilhelm***, Telefax, ecolex 1990, 208; ***Rummel*** in: FS-***Ostheim*** 211.

539 OGH 14.05.1985, 5 Ob 535/85.

540 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.

541 OGH 05.12.1995, 1 Ob 620/95 – hier spielt auch der Grundsatz der „formellen Garantiestrenge" eine große Rolle. Im Übrigen ging es hier um einen Fall, in dem eindeutig auch die Ermöglichung der Echtheitsprüfung als selbstständiger Formzweck vereinbart war; ***Koziol***, Anm. zu OGH 05.12.1995, 1 Ob 620/95 (ÖBA 1996, 477) mit dem zutreffenden Hinweis, dass sich dies nicht ohne weiteres verallgemeinern lasse.

542 OGH 12.04.1983, 4 Ob 325/83 (SZ 56/55); OGH, 02.05.1990, 1 Ob 702/89 (ÖBA 1990, 843).

(der selbstständig haftet) von dieser Formvorschrift auszunehmen. Wollte der Gesetzgeber dem Gutstehungswilligen schon bei der bloß akzessorischen Bürgschaft Schutz vor Übereilung angedeihen lassen, so muss das umso mehr für die Übernahme der nicht akzessorischen und daher wesentlich gefährlicheren Garantie Geltung haben. Auch das für die Formbedürftigkeit der Bürgschaftsverpflichtung ins Treffen geführte Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners und der damit verbundenen Entwertung des Rückgriffanspruchs treffe voll und ganz auch auf die Garantie zu, deren wirtschaftlicher Zweck in vielen Fällen gerade die Absicherung des Begünstigten vor der Insolvenz seines Vertragspartners ist[543].

(2) Ansicht der Literatur

Die Rechtsauffassung und die Begründung des OGH wird von weiten Teilen des österreichischen Schrifttums[544] als unzutreffend angesehen. Weite Teile wollen sich nicht damit zufrieden geben, dass eine effektive und rechtlich erhebliche Kommunikation mittels Telegramm, Telex, Telefax, Internet und Email nach der Gesetzesauslegung des OGH keine Wirksamkeit besitzen soll. Nicht nur der „lakonische" Verweis auf die deutsche Rechtsprechung ohne eigenständige Begründung, sondern auch die fehlende Auseinandersetzung mit einer Untersuchung von ***Rummel***[545], die zum gegenteiligen Ergebnis gelangte, wird kritisiert.

Nach ***Bydlinski*** sei die bereits nach deutschen Recht wenig überzeugend angeführte Begründung, unter der schriftlichen Erteilung der Bürgschaftserklärung iSd § 766 S. 1 iVm. § 126 Abs. 1 BGB müsse die Übergabe der Originalurkunde verstanden werden, auf das österreichische Recht überhaupt nicht übertragbar. Vielmehr widerspreche der Wortlaut des § 1346 Abs. 2 iVm § 886 ABGB einer Telefaxbürgschaft in keinem Wort, da auch die schriftlich zugegangene Telefaxkopie sowohl die Urkundeneigenschaft erfülle, als auch die Unterschrift des Bürgen trage. Dies sei auch der entscheidende Unterschied zum

---

543 *Koziol*, Garantievertrag 40; OGH 14.07.1992, 1 Ob 595/92 (RdW 1993, 6). Der OGH hat in seiner Urteilsbegründung den Schuldbeitritt von seiner Argumentation ausdrücklich ausgenommen. Soweit ersichtlich, ist hierüber bisher auch noch nicht höchstrichterlich entschieden worden. Aufgrund der ebenfalls gleichgelagerten Interessenlage wäre jedoch zu raten, bei einem Schuldbeitritt die Schriftform zu wahren.

544 *Bydlinski*, Telefaxbürgschaft, RdW 1996, 196.

545 *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211.

nicht unterschriebenen Fernschreiben in SZ 58/85[546].

Nach *Würth* sei die Begründung des OGH, der wichtigste Zweck der Unterschrift sei Identitätsfunktion, zu überdenken. Bestünden wegen der Fälschungsgefahr gegen die Verwendung eines Telefaxgeräts Bedenken, so müsste doch dort eine teleologische Reduktion einsetzen, wo – nach menschlichem Ermessen – keine Fälschungsgefahr besteht[547].

Auch *Rummel*[548] ist der Ansicht, dass viel dafür spricht, das Telefax in der Regel für die Erfüllung der gesetzlichen Schriftform ausreichen zu lassen. Schließlich habe es auch der österreichische Gesetzgeber als „den Erfordernissen des internationalen Handelsverkehrs" angemessen angesehen, vom strengen Erfordernis der Schriftlichkeit in § 583 Abs. 3 ZPO[549] und in Art. 13 UN-Kaufrecht abzugehen[550]. Richtiger sei daher eine Differenzierung nach dem Schutzzweck der Formvorschrift[551]. Die teleologische Auslegung der Formvorschrift des § 1346 Abs. 2 ABGB ergebe, dass der Entäußerer infolge der Gefährlichkeit der Bürgschaft vor Übereilung geschützt werden müsse. Diese Schutz- und Warnfunktion sei jedoch einer Übermittlung der Bürgschaftsurkunde per Telefax nicht weniger gesichert als bei Übergabe der Originalurkunde, da es auf die Art und Weise der Entäußerung nicht ankomme[552]. Der Bürge werde da wie dort gewarnt, da er jeweils die Urkunde unterfertigen müsse, bevor dieser sie in den Rechtsverkehr entäußert, um den Bürgschaftsvertrag zu schließen. Hierbei sei unerheblich, ob er sie in ein Kuvert stecke und den Brief in den Briefkasten stecke oder ob er diese per Telefax absende[553].

Wilhelm[554] wiederum schließt sich der Argumentation des OGH an und vertritt die Auffassung, dass der Formzweck ein strenges Verständnis zur Formvorschrift

---

546 *Bydlinski*, Telefaxbürgschaft, RdW 1996, 196.
547 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.
548 *Rummel* in *Rummel* §886 Rz 1.
549 § 577 Abs. 3 ZPO in der Fassung der ZVN 1983, der auch in der Originalfassung der Publikationen genannt wird. Soweit im Folgenden auf § 583 ZPO verwiesen wird, beziehen sich die hierzu genannten Autoren auf § 577 ZPO.
550 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93; siehe hierzu die detaillierten Erörterungen zur Schiedsvereinbarung in VII) 2) c) (b) und zu Art. 13 CISG in XIII) 1) b).
551 *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211; ebenso *Koziol*, Formwirksamkeit, EWiR 1993, 561; *Koziol*, Anm. zu OGH 05.12.1995, 1 Ob 620/95 (ÖBA 1996, 477); *Bydlinski*, Telefaxbürgschaft, RdW 1996, 196; *ders.*, Zur Übermittlung einer Bürgschaftserklärung durch Telefax, ZEuP 1997, 1135; *Pfersmann*, Bemerkenswertes, ÖJZ 1997, 530 (B. Obligationenrecht).
552 Für § 766 BGB ausdrücklich *Koziol*, Formwirksamkeit, EWiR 1993, 561.
553 *Bydlinski*, Telefaxbürgschaft, RdW 1996, 196.
554 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.

gebiete. Zwar lasse sich auch die Fälschung der Unterschrift nicht ausschießen, es sei jedoch unvergleichlich leichter, eine Originalunterschrift zu kopieren, die Kopie auf ein vorbereitetes Textblatt zu legen, das Ganze zu faxen und bei der bekannt schlechten Qualität der Telekopien beim Empfänger den Eindruck der Kopie einer original gefertigten Urkunde zu erwecken. Um solche Machenschaften zu verhindern, genüge nur eine Urkunde mit Originalunterschrift. Nach seiner Auffassung würde gemäß § 886 S. 3 ABGB etwas anderes gelten, wenn die Kopie im Verkehr als zum Vollzug der Form tauglich angesehen würde, das habe man aber bis jetzt noch nicht gehört[555].

Hiergegen wiederum wendet ***Rummel*** ein, dass die Vermeidung von Urkundenfälschungen, könne auf schriftliche Vorbehalte nach Art. 30 Abs. 3 CMR kaum zutreffen, da nicht erkenntlich sei, wer durch Unterschriftsfälschung auf einem schriftlichen Vorbehalt im Sinne des Art. 30 CMR einen Vorteil erlangen könne[556].

Auch nach ***Fasching*** ist der Unterschied einer Unterschrift im Original zu einer solchen in Kopie ohne entscheidende Bedeutung. Regelmäßig würden dem Adressaten keine Vergleichsunterschriften des Absenders zur Verfügung stehen, anhand derer er eine Originalunterschrift leichter und verlässlicher als deren Kopie auf ihre Echtheit überprüfen könnte. Da auch die Möglichkeit des Nachmachens der Unterschrift auf dem Entgegnungsbegehren bei Übermittlung desselben mittels Telefax auf jene Personen beschränkt sei, die zumindest auch Zugang zum Telefaxgerät des Antragstellers hätten, sei die Übermittlung mittels Telefax einem anderen schriftlichen Herantragen an den Adressaten gleichzusetzen[557].

Schließlich seien die oft angeführten Bedenken zur Beweisbarkeit bzw. ob die Unterschrift tatsächlich vom Aussteller stamme, für die Frage des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages ohne Belang. Wer sich der „neuen Formen" bedient, verzichtet bewusst nur auf diejenigen Zurechnungsmöglichkeiten, die ihm die eigene Unterschrift bieten könnte. Wie beim Schiedsvertrag nach § 583 Abs. 3 ZPO nehme der Gläubiger die erleichterte Form und die geringere Verifizierungsmöglichkeit bewusst in Kauf, regelmäßig, um dadurch eine

555 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.
556 OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96.

sofortige Schließung der Vereinbarung zu erreichen und Kosten und Mühe (zur körperlichen Überwindung oft großer Distanzen) zu sparen[558]. Schließlich sei der Gläubiger nicht „schutzlos" gestellt. Wer im Vertrauen auf die „Richtigkeit" einer bloßen Telefaxbürgschaft Kredit gewähre, handele eben auf eigene Gefahr, wenn sich die Urkunde anschließend als manipuliert erweise[559].

Ausgehend von dieser Formvorschrift wurde in der Literatur auch über die Haltung des Gesetzgebers zu Formfragen diskutiert. *Fasching* warf die Frage auf, ob bei diesen „neuen Formen" der Kommunikation die Schriftlichkeit möglicherweise nur so weit aufrechterhalten werden solle, als dies die technischen Möglichkeiten der Übermittlungsform zulassen würden. Möglicherweise sei dies als Signal zur Lockerung der Formanforderungen anzusehen. Es könnte sein, dass die durch die neuen Kommunikationsmedien verkörperte Form zukünftig als ausreichend anzusehen sei. Schließlich kenne die Legislative die Haltung der Rechtsprechung zum Telegramm und Telex.

Darüber hinaus könne es sogar sein, dass der Gesetzgeber mit der Zulassung von Telegrammen und Fernschreiben sogar die Intention gezeigt habe, dass bei allen neuen technisch bedingten Schriftformen auf das Erfordernis der Unterschrift (und damit auch die Identifizierungs- und Zurechnungserfordernisse) verzichtet werden könne. Ein Verzicht auf eine Unterschrift unter durch Telefax zustande gekommene Schiedsvereinbarungen sei schließlich nur dann möglich, wenn der Verzicht technisch überhaupt möglich wäre. Auch dies sei aus der Zulassung von Kommunikationsmedien für die Schiedsvereinbarung ableitbar, bei denen aus Sicht der Rechtsprechung eine Unterschriftsübermittlung unmöglich sei[560].

Wilhelm wiederum sieht § 583 Abs. 3 ZPO als Ausnahme, da Urkundenfälschung im Rahmen einer Schiedsvereinbarung praktisch nicht vorkomme. Hier sei alles überragender Formzweck (lediglich) die Klarstellung des Vertragsinhalts, wozu es der eigenhändigen Unterschrift nicht bedürfe. § 583 Abs. 3 ZPO dürfe daher nicht verallgemeinert werden, schließlich sei auch die Rechtsfortbildung von Gültigkeitsvoraussetzungen für Erklärungen durch Analogie ein gefährliches

---

557 OLG Wien 10.04.1989, 27 Bs 69/89 (MR 1989, 92).
558 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.
559 *Rummel*, ÖBA 1996, 77; ders. in FS-*Ostheim*, 211; *Koziol*, Formwirksamkeit, EWiR 1993, 561; *Bydlinski*, Telefaxbürgschaft, RdW 1996, 196.
560 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

Spiel mit der Rechtssicherheit[561].

Auch wenn der österreichische Gesetzgeber bisher nicht wieder im Sinne *Faschings* tätig wurde, ist schließlich noch anzumerken, dass auch die Judikative nicht einheitlich urteilt. So entschied das OLG Wien für die in § 12 Abs. 1 MedienG gesetzlich geforderte Schriftlichkeit, dass der Antragsgegner durch die schriftlich vorliegende Erklärung in die Lage versetzt werden soll, diese in Ruhe überprüfen und nachprüfen zu können, ob das Begehren auch von dem in der Erklärung genannten Absender stammt. Beides sei ihm aber bei einer Übermittlung mittels Telefax nicht schwieriger möglich als bei einer Übersendung einer schriftlichen Entgegnung im Postweg[562]. Daher erfülle eine schriftlich per Telefax abgegebene, aber doch ohne (originale) Unterschrift übermittelte Willenserklärung das gesetzliche Schriftlichkeitsgebot.

d) Formzweck im österreichischen Recht

Nicht nur aufgrund dieser konkreten Fallgestaltung ist mittlerweile in der österreichischen Literatur eine Grundsatzdiskussion über den Sinn und Zweck von Formvorschriften entbrannt. Weite Teile wollen sich nicht damit zufrieden geben, dass eine effektive und rechtlich erhebliche Kommunikation mittels Telegramm, Telex, Telefax, Internet und Email nach der Gesetzesauslegung des OGH keine Wirksamkeit besitzen soll.

Insbesondere da das ABGB keine dezidierten Regelungen zur Schriftlichkeit aufstellt, sei jedes Formgebot auf Sinn und Zweck zu prüfen, wenn seine Reichweite in Frage steht[563]. Exemplarisch für diese Diskussion können die Erwägungen zu den Formvorschriften bei der Schiedsvereinbarung gemäß § 583 ABGB und des Einschreibens gemäß § 66 GmbHG gesehen werden.

(1) Schiedsvereinbarung nach §§ 583ff ABGB

Als Formzweck für die Schriftform bei Schiedsverträgen wurde in der Lehre zuerst die Evidenz der Vereinbarung angesehen. Das (Schieds-)Gericht sollte schon auf Grund der Urkunde selbst seine Zuständigkeit einfach und ohne weitwendiges Verfahren feststellen können. In der Folge wurde als weiterer

561 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.
562 OLG Wien 10.04.1989, 27 Bs 69/89.
563 *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 8.

Schutzzweck auch der Übereilungsschutz als Warnzweck stärker betont. Die Parteien sollten durch die Einhaltung der Schriftlichkeit auf die Tragweite der Vereinbarung hingewiesen und zu gründlicher Überlegung veranlasst werden. Dieser Gesichtspunkt trat umso mehr in den Vordergrund, als im zunehmenden Maß Rechtssubjekte als Partner von Schiedsverträgen auftraten, zwischen denen ein auffallendes soziales oder wirtschaftliches Ungleichgewicht bestand (wirtschaftliche Abhängigkeit, Massenverträge u.ä.) oder die rechts- oder branchenunkundig waren[564].

Die Rechtsprechung dagegen sah - trotz stereotyper Berufung auf Beweisfunktion oder Übereilungsschutz - in der Schriftlichkeit der Schiedsvereinbarung meist einen gesetzlich geforderten Eigenwert. Dennoch hat die Judikatur selbst im Laufe der Jahre das Unterschriftserfordernis nach zwei Richtungen hin gelockert. Zum einen wurde es – vor allem im geschäftlichen Verkehr – für ausreichend angesehen, wenn die Vereinbarung in einem von einer Partei an die andere gerichteten und unterschriebenen Schreiben enthalten, sowie vom Vertragspartner in dem von diesem unterschriebenen Antwortbrief voll bestätigt wurde, oder wenn die Durchschrift eines vom Besteller oder Offerenten eigenhändig unterschriebenen Auftragsschreibens nach Unterfertigung durch den Empfänger dem Absender zurückgesandt wurde[565]. Auch bei getrennten Urkunden ist eine wörtliche Übereinstimmung der Texte nicht erforderlich. Ein bloßes Einverständnis mit dem ausführlichen Text des anderen Teils genügt, sofern das Einverständnis selbst formgerecht geleistet wird[566].

Zum anderen wurde der Begriff der Unterschrift immer großzügiger ausgelegt[567]. Während ursprünglich nur die volle eigenhändige Namensfertigung als Unterschrift betrachtet wurde, fanden im weiteren Verlauf auch schwächere Formen Anerkennung. So reicht nunmehr als Unterschrift der Familienname aus, der Vorname muss nicht hinzugesetzt werden. Unter Verwandten ist auch der alleinige Vorname ausreichend[568]. Im Handelsverkehr tritt an die Stelle des Familiennamens häufig die Unterschrift mit der Firma des Unternehmens. Auch in ihrer Ausgestaltung muss die Unterschrift nicht leserlich sein. Erforderlich,

---

564 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.
565 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.
566 *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 2, 13.
567 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

aber auch ausreichend ist, dass die Unterschrift ein Gebilde aus Buchstaben einer üblichen Schrift darstellt, aus der ein Dritter, der den Namen des Unterzeichnenden kennt, diesen Namen aus dem Schriftbild zumindest noch „herauslesen" kann. Es muss aber ein die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender, individueller Schriftzug sein, der entsprechend charakteristische Merkmale aufweist und sich als Unterschrift eines Namens darstellt[569]. Ausreichend sind auch Paraphen oder „Schnörkel", sofern diese die Identitäts- und Abschlussfunktion erfüllen und kein Zweifel an ihrer Unterschriftsfunktion durch den Schreibenden besteht[570].

(2) Rekommandiertes Schreiben gemäß § 66 GmbHG

Auch bei § 66 GmbHG wird laut über die Einhaltung der Form mittels Telefax nachgedacht. Fraglich ist, ob es sich um eine echte Formvorschrift handelt oder ob der Wortlaut Durchbrechungen zulässt[571]. Nach der Rechtsprechung habe die Form der Androhung „mittels rekommandierten Schreibens" eine Doppelfunktion. Der eingeschriebene Brief diene in erster Linie dem Zweck, dem Absender den urkundlichen Nachweis für den Erhalt des Briefes durch den Adressaten zu ermöglichen. Darüber hinaus bezweckt die besondere Form des rekommandierten Schreibens aber auch noch, den Empfänger auf die Bedeutung des Schreibens aufmerksam zu machen.

Nach dem OGH sei die Zustellung demzufolge durch eine einfachere Form als die eines rekommandierten Schreibens unwirksam. Da aber schon ein einfacher Brief in Bezug auf § 66 GmbHG nicht einmal dann genüge, wenn der Adressat die Aufforderung zur Kenntnis nimmt[572], müsse dies umso mehr für die neune Kommunikationsmedien wie beispielsweise dem Telefax gelten. Zwar gesteht der OGH der Anforderung an die Form zu, dass die Verständigung mittels eingeschriebenen Briefes durch eine solche, die ebenso viel Sicherheit verbürge,

---

568 OGH 11.12.1997, 8 Ob 232/97v (ÖBA 1998, 645).

569 VwGH 11.07.2000, 2000/16/0288; VwGH 02.05.1980, 17/80; VwGH 05.06.1991, 90/18/0176; VwGH 22.03.1991, 86/18/0213; VwGH 03.10.1990, 89/02/0195; VwGH 12.12.1989, 89/04/0173; VwGH 31.10.1979, 1817/78 (VwSlg 5423 F/1979; ÖJZ 1980, 474).

570 VwGH 31.10.1979, 1817/78; ***Rummel*** in ***Rummel*** § 886 Rz 3, enger ***Gschnitzer*** in ***Klang*** 269, der darin nur Handzeichen sieht, die das Unterschriftserfordernis nicht erfüllen könnten.

571 ***Karollus***, Kaduzierung, ecolex 1997, 436; OGH 24.10.1996, 6 Ob 2016/96f.

572 ebenso ***Koppensteiner***, GmbH-Gesetz (1994) § 66 Rz 4.

ersetzt werden könne[573]. Dieser besonderen Signalfunktion für den Empfänger entspreche aber die bloße Übermittlung des Textes durch das Telefax jedoch in keiner Weise[574]. Weder die Einhaltung der Schriftform, noch die Erzielung der Aufmerksamkeit des Adressaten könne durch das Telefax erreicht werden.

Eine Literaturansicht sieht in § 66 GmbHG „lediglich" eine bloße Ordnungsvorschrift. Deren Nichteinhaltung habe keinerlei Auswirkungen auf das weitere Procedere, sofern das Schreiben tatsächlich zugegangen sei. Der Gesetzeswortlaut sei vielmehr als legislative Empfehlung anzusehen, aus Beweisgründen die Übermittlung per eingeschriebenen Brief zu beschreiten[575].

Auch bei objektiver Auslegung des § 66 GmbHG können nur zwei Formzwecke überhaupt in Betracht kommen, nämlich die Beweisfunktion und die Signalfunktion (Warnfunktion).

(a) Beweisfunktion des § 66 GmbHG

In Bezug auf die Beweisfunktion sei unzweifelhaft, dass ein eingeschriebener Brief diesem Zweck besser diene als ein einfacher Brief oder ein Telefax[576]. Umgekehrt sei aber auch festzuhalten, dass auch ein eingeschriebener Brief bestenfalls den Beweis darüber ermöglicht, dass ein Brief abgesandt wurde, nicht aber darüber, welchen Inhalt diese Sendung enthalten habe. Auch sei dem Beweiszweck dann Genüge getan, wenn im Einzelfall für ein anderweitig übermitteltes Schreiben der Zugang feststehe[577]. Auch der OGH habe für den Fall der gewillkürten Form des Einschreibbriefs bereits ausgesprochen, dass der dahinter stehende Formzweck der Beweissicherung einer Wirksamkeit der nur durch einfachen Brief übermittelten Erklärung nicht unbedingt entgegensteht. Die Übersendung eines einfachen Briefes statt des vorgesehenen Einschreibbriefes genüge, wenn der Empfang zugestanden wird[578]. Dem folgt auch die Literatur[579].

---

573 OGH 16.05.1925, Ob I 406/25 (SZ 7/177).
574 OLG Wien 25.01.1996, 6 R 109/94 (NZ 1997, 97).
575 vgl. *Jabornegg* in *Jabornegg*/*Schiemer*/*Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz[3] (1993) § 58 Rz 14 („sollte"); *Lutter* in Kölner Kommentar zum AktG[2] (1996) § 64 Rz 20 („zu empfehlen"); *Bungeroth* in MüKo, Kommentar zum Aktiengesetz[2] (2003), § 64 Rz 28 („empfiehlt sich").
576 *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436; OGH 24.10.1996, 6 Ob 2016/96f.
577 Insoweit ebenso für die Androhung per Telefax OLG Wien 25.01.1996, 6 R 109/94.
578 Vgl. OGH 14.05.1963, 8 Ob 127/63 (HS 4365/11).
579 Vgl. *Gschnitzer* in *Klang* § 884 Rz 6; *Rummel* in *Rummel* § 884 Rz 6; *Koziol* in *Avancini*/*Iro*/*Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht Bd II (1993) Rz 3/86.

Für die gesetzlich vorgeschriebene Form kann – soweit es nur um die Beweisfunktion geht – nichts anderes gelten[580]. Würde trotz eines (anderweitig) bewiesenen oder im Prozess zugestandenen Zugangs eines einfachen Briefes dieser Zugang in derartigen Fällen als unwirksam angesehen, müsste diese Auffassung als überschießend und als bloßer Formalismus einzuordnen sein[581].

Gegen überzogene Anforderungen an die Übermittlungsform im Rahmen des § 66 GmbHG spreche auch die Interessenlage. Diese kommt regelmäßig dem Absender der Mitteilung zugute[582], da der Empfänger den Inhalt einer ihm nicht zugegangenen Erklärung mangels Kenntnis nicht gegen sich gelten lassen muss. Sofern der Empfänger einer Nachricht deren Erhalt bestreite, trage der Absender die Beweispflicht für die ordnungsgemäße Übermittlung. Hält er die rechtsgeschäftlich vereinbarte Form nicht ein, so schade er sich selbst, da er aufgrund der Beweislast vor Gericht die Folgen des non liquet trägt.

Würde man einen darüber hinausgehenden Zweck in den § 66 GmbHG hinein interpretieren, würde die Formvorschrift gleichsam zum Selbstzweck erhoben. Ihr würde ein Wert beigemessen, den sie in der alltäglichen Praxis nicht hat und der auch aus Schutzüberlegungen heraus nicht erforderlich wäre. Würde man diese Ausführungen mit der Fallgestaltung vergleichen, dass zwischen den Beteiligten überhaupt keine Übermittlungsform für die Übermittlung von Willenserklärungen gewählt wurde, so ergebe sich aus ergebnisorientierter Sicht ebenfalls kein anderes Bild: Da der Absender den Zugang einer Mitteilung aufgrund allgemeiner Beweislastregeln auch dann beweisen muss, wenn nichts vereinbart wurde, muss der Absender immer für die erfolgreiche Übermittlung Sorge tragen. Im Ergebnis könne daher eine solche Vereinbarung nur ausnahmsweise einen rechtlich erheblichen Eigenwert haben, sofern nach der Auslegung das Formerfordernis allein aus Beweissicherungszwecken vereinbart wurde[583].

---

580 *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436; OGH 24.10.1996, 6 Ob 2016/96f.

581 *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436. Gegen einen „überspitzten Formalismus" im GmbH-Recht und für eine materielle Betrachtung, ob die Zwecke der gesetzlichen Vorschrift gewahrt sind, auch bereits OGH 01.12.1961, 2 Ob 481/61 (JBl 1962, 503).

582 Etwas anderes muss nur dann gelten, wenn aus Sicht der Beweisbarkeit ein anderer Anknüpfungspunkt als der Zugang für die Wirksamkeit gewählt würde, beispielsweise die Absendung, vgl. § 41 Abs. 4 GmbHG. Aber auch hier sollte es genügen, wenn der Zugang eindeutig beweisbar ist, vgl. *Karollus*, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4 GmbHG idF des EU-GesRÄG), RdW 1996, 516.

583 *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436.

(b) Signalfunktion des § 66 GmbHG

Nach der Rechtsprechung stehe hinter der Signalfunktion auch die Überlegung, dass ein eingeschriebener Brief dem Empfänger bedeutsamer erscheine und dieser daher die Androhung ernster nehmen werde als bei einem einfachen Brief. Gegen diese Erwägungen spricht aber schon die Gesetzesbegründung zu § 66 GmbHG. Danach sei alleiniger Zweck die Vermeidung späterer „Zweifel und Streitigkeiten" – also eine Beweissicherungsfunktion. Eine Signalfunktion ist nicht erwähnt[584].

Ganz allgemein seien solche Überlegungen jedoch höchst zweifelhaft. Für die (zukünftige) Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses sei alleine der Inhalt einer Mitteilung relevant, nicht die Übermittlungsart. Aus heutiger Sicht lasse sich auch kaum mehr vertreten, dass einem eingeschriebenen Brief eine besondere und gegenüber einem einfachen Brief signifikant unterschiedliche Signalfunktion beizumessen sei. Hiergegen spreche auch, dass der moderne Gesetzgeber für die in ihrer Bedeutung durchaus vergleichbare Androhung des Terminsverlusts nach § 13 KSchG – noch dazu gegenüber dem als besonders schutzwürdig erachteten Verbraucher – gerade kein „rekommandiertes" Schreiben verlangt[585].

(3) Unterschrift zum Beweis der Ausstelleridentität

Schließlich sei auch der Formzweck der Ausstelleridentität durch ein Abbild einer Unterschrift nicht weniger gewahrt als durch eine Originalunterschrift. Zwar werde der Sicherungsfunktion mit einer Originalunterschrift besser entsprochen als mit einer nachgebildeten Unterschrift wie beim Telegramm, Telefax o.ä.[586].

Die Gefahr von Fälschungen lasse sich jedoch weder bei der Originalunterschrift, noch bei der gefaxten Unterschrift nicht ausschließen. ***Rummel*** verweist darauf, dass eine verlässliche Echtheitsprüfung ohnehin nur in einem Gerichtsverfahren vorgenommen werden könne. Die mit dem Formgebot angestrebte Sicherheit des Adressaten über die Person des Erklärenden lasse sich im Normalfall nicht aus einer tatsächlich vorzunehmenden Echtheitsprüfung erreichen, da hierfür bei einer

---

584 Vgl. den Gesetzentwurf betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, zitiert nach den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92, 5. Anlagenband (1892) Aktenstück Nr. 660, 3741.

585 *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436.

586 OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96.

unterschriebenen Erklärung ein Schriftvergleich nötig wäre. Anders als im Verkehr mit Banken, die wenigstens eine Original-Unterschrift ihrer Kunden zu Vergleichszwecken heranziehen könnten, sei im allgemeinen Geschäftsverkehr völlig offen, ob der Adressat über ein Vergleichsobjekt verfüge. Insbesondere bei Unterzeichnung durch – womöglich wechselnde – Vertreter sei dies sehr unwahrscheinlich. Da es darüber hinaus zulässig sei, dass Vertreter mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnen[587], so gerate die Forderung nach Eigenhändigkeit der Unterschrift auf der zugegangenen Erklärung an den Rand des sinnlosen Formalismus. Eine ernsthafte Echtheitsprüfung, so sie denn wirklich einmal notwendig wäre, komme in aller Regel nur im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung in Betracht. Routinemäßig dürfte sie hingegen – ausgenommen im Bankenbereich – nirgends vorgenommen werden[588].

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Rechtsprechung bisher von dem Grundsatz der Unterschriftlichkeit bei der Schriftform nicht abgewichen ist. Die Literatur dagegen ist der Ansicht, dass bei dem Kriterium der Schriftlichkeit der Gesetzestext normspezifisch auszulegen ist. Zu untersuchen sei, warum da Erfordernis nach der Schriftlichkeit im Einzelfall aufgestellt wird[589]. Die Erörterungen zeigten aber, dass die Schriftform durch ein Telefax regelmäßig gewahrt sei und die hiergegen angeführten Argumente nicht stichhaltig seien.

e) <u>Übertragung behördlicher und prozessualer Willenserklärungen</u>

In der Kommunikation mit der öffentlichen Hand kann ein Anbringen mittels jeder technischen Form eingereicht werden, welche die Behörde zu empfangen in der Lage ist[590]. Dies ergibt sich aus § 13 Abs. 1 S. 2 AVG. Somit ist auch ein Einbringen mittels der Kommunikationsmittel Telefax oder Email möglich, sofern die jeweilige Behörde diese Kommunikationseinrichtungen zur Verfügung stellt. Hierdurch sollen die heutigen technischen Möglichkeiten für die Einbringung von

---

587 So für das österreichische Recht *Strasser* in *Rummel* Bd. II § 1005 Rz 7 m.w.N.; mit Einschränkung *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 5; für das deutsche Recht die herrschende Lehre im Anschluss an RG, Beschl. v. 27.06.1910 – VI 297/08 (RGZ 74, 69); zweifelnd *Larenz*/*Wolf* § 27 Rz 40, vgl. aber andererseits den Wortlaut des § 164 Abs. 2 BGB.

588 *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211. Zudem verweist *Rummel* noch darauf, dass man sich hinsichtlich der Validität bei der Echtheitsbeurteilung durch Private in Anbetracht der vielen „Kraxen" als Unterschrift keinen allzu großen Illusionen hingeben solle.

589 OLG Wien 10.04.1989, 27 Bs 69/89.

590 Allgemein zu Schriftsätzen im gerichtlichen Verfahren OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 74 Rz 5.

Schriftsätzen bei Behörden genutzt werden können. Gleichzeitig werden durch die explizite Normierung in § 13 AVG etwaige Zweifel ausgeschlossen, dass auch moderne Formen der Kommunikation, etwa über öffentliche Kommunikationsdienste, wie z.B. das Telefax, aber auch angebotene Online-Verbindungen, zulässig sind[591]. Gleichwohl sind die Behörden nicht verpflichtet, alle technischen Neuerungen tatsächlich zum Einsatz zu bringen.

Für gerichtlich eingereichte Schriftsätze gilt § 75 Z. 3 ZPO. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine Formalvorschrift – es soll vielmehr sichergestellt werden, dass die Einbringung eines Schriftsatzes und dessen Inhalt dem Willen der Partei entspricht[592]. Die Originalunterschrift wird folglich als unbedingtes Erfordernis des Schriftsatzes angesehen, eine Kopie der Unterschrift ist auch auf dem Schriftsatz nicht ausreichend[593].

Aber nicht nur die Frage des „ob", sondern auch die Frage nach dem „wie" ist ausdrücklich geregelt. Die Unterschrift ist auf der ersten Seite der Eingabe oder am Schluss des Schriftsatzes handschriftlich mit Tinte oder Tintenstift anzubringen – wobei auch die Verwendung eines Kugelschreibers zulässig ist[594]. Ein mit Maschinenschrift am Ende des Schriftsatzes erscheinender Name des Klägers (gez. Name) ist nicht als Unterfertigung des Schriftsatzes zu werten[595]. Ebenso ist die Ableistung der Unterschrift mit Bleistift oder Farbstift oder der Ersatz der Unterschrift durch einen Stampiglienaufdruck unzulässig, siehe § 58 Abs. 4 Geo.

Dies bedeutet, dass ein per Telex, Telegramm, Telefax, Email oder Internet übermittelter Schriftsatz mangels der eigenhändigen Unterschrift nicht als Original angesehen werden kann.

Selbst wenn die strafgerichtliche Rechtsprechung zu § 6 Abs. 5 StPO großzügiger verfährt[596] ist die Nutzung neuer Kommunikationsmedien auch im Zivilprozess nicht schlechthin unzulässig oder obsolet. Sofern der Originalschriftsatz nicht

---

591 Erläuterungen zum Bundesgesetz (BGBl 1990/537) 1089 BlgNR, 17. GP.
592 *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 75 Rz 7.
593 OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.
594 *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 75 Rz 7; LG Innsbruck 28.11.1986, 3a R 450/86 (AnwBl 1988, 107 mit Anm. *Grill*)); aA *Grill* in: Anmerkung zu LG Innsbruck 28.11.1986, 3a R 450/86 (AnwBl 1988, 109).
595 LGZ Wien 19.07.1979, 43 R 366/79 (EFSlg 34.809).
596 OGH 11.03.1994, 1 Ob 626/93 (RZ 1995/25).

vorliegt und die Unterschrift auch nicht auf der Telefaxeingabe original nachgetragen wurde, muss zwingend ein Verbesserungsverfahren eingeleitet werden[597]. Die Auffassung, bei Übermittlung eines Schriftsatzes (aus dem Ausland) mittels Telekopierers bedürfe es keines Bestätigungsschriftsatzes, wenn auf Grund eines Unterschriftenvergleichs mit einer bereits im Akt erliegenden Originalunterschrift keine Bedenken in Richtung einer Fälschung bestünden[598], erscheint zwar sehr praxisorientiert. Sie übersieht aber, dass es nicht um die Frage geht, ob die Unterschrift echt ist, sondern ob sie vom Unterschriftenverfasser auch tatsächlich auf dieses Schriftstück gesetzt wurde[599]. Da die Verbesserung bereits vor Einleitung des Verbesserungsverfahrens durchgeführt werden kann, wird die mangelnde Form in der Praxis meist durch die Nachsendung des Original-Schriftsatzes per Post oder dessen Abgabe beim Gericht geheilt[600].

3) Voraussetzungen für die wirksame Übertragung in England

a) Formerfordernisse bei der Übermittlung von Willenserklärungen

Nachdem sich das System der *writs* überlebt hatte, setzte sich unter dem kontinentaleuropäischen Einfluss in England nach und nach der Vertrag als Grundlage einer Verpflichtung zwischen zwei Partnern durch. Wie in Österreich und Deutschland gilt in England grundsätzlich die Formfreiheit. Formvorschriften

---

597 OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92; *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 74 Rz 8 m.w.N.; zur Telefaxklage insbesondere OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g; zum Widerruf eines Prozessvergleichs durch Telefax OGH 09.11.1995, 6 Ob 619/95.

598 LGZ Wien 14.11.1991, 43R 640/91 (EFSlg 67.597); OGH 21.06.1994, 14 Os 73/94 (RZ 1995/26).

599 *Gitschthaler* in *Rechberger*, ZPO § 74 Rz 8.

600 Auch in Deutschland sehen es Teile der Literatur und der Rechtsprechung als an der Zeit, die Unterschrift als Wirksamkeitserfordernis für gerichtliche Eingaben aufzugeben. Fehlt sie oder sei sie nur schwer entzifferbar, der Urheber aber im Übrigen erkennbar (Briefkopf, Telefax-Kennung), so solle das Gericht die Eingabe zunächst als wirksam, insbesondere fristgerecht behandeln, da in den allermeisten Fällen an der Ernsthaftigkeit kein Zweifel bestehen wird. Auf Beseitigung des Ordnungsmangels solle aber hingewirkt werden, damit eine etwa doch versehentlich oder in böswilliger Absicht in den Verkehr gebrachte Erklärung vor dem Entstehen größeren Aufwands zurückgenommen werden kann. Bereits entstandene Kosten sollten dem Scheinurheber zur Last fallen. Allenfalls wenn das Gericht Anhaltspunkte für eine fehlende Authentizität oder Ernsthaftigkeit der Eingabe erkenne, solle es sie unter Benachrichtigung des (scheinbaren) Urhebers unbeachtet lassen. Die nachträgliche Beseitigung des Ordnungsmangels dürfe in diesem Fall nicht zurückwirken, vgl. *Heinemann*, Neubestimmung der prozessualen Schriftform (2002) 338; OLG Saarbrücken, Urt. v. 20.11.1969 – 1 U 101/69 (NJW 1970, 434); OLG Frankfurt, Beschl. v. 01.11.1976 – 5 U 207/76 (NJW 1977 1246); *Vollkommer*, Billigkeit 301; *Späth*, „Soll"-Bestimmungen im Verfahrensrecht – Ihre Unterschiedliche Auslegung und ihre Folgen, VersR 1978, 605; *Greger* in *Zöller*, § 130 Rz 22; *Teske*, Notwendigkeit der eigenhändigen Unterzeichnung des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbescheid, JR 1988, 421; BGH, Beschl. v. 18.07.2001 – XII ZB 61/01.

sind im englischen Recht sehr selten, ebenso gibt es nach der englischen Rechtsordnung eine mit der Beurkundung von Rechtsgeschäften betraute Amtsperson wie den Notar nach deutschen oder österreichischen Recht nicht[601]. Damit genügt zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ein formloser Vertragsabschluss, sofern die *consideration* vorliegt[602].

Die wenigen Vorschriften, die zur Wirksamkeit die Beachtung bestimmter formeller Prozeduren erfordern, gründen sich alle auf dem *Statute of Frauds 1677* zurück. War ein Vertrag oder eine Urkunde „*under seal*" zu schließen[603] (auch *speciality* genannt), mussten dieser unterzeichnet, mit einem Siegel versehen und in einer Ausfertigung an den Vertragspartner übergeben werden (*signed, sealed and delivered*)[604]. Diese – wie schon das Alter des *Statute* nahe legt – veralterte, schwerfällige Form hatte zu allererst die Funktion des Nachweises. Das Gericht und (leichtgläubige) Geschworene sollten vor der Annahme angeblich mündlich geschlossener Verträge geschützt werden, sofern eine Partei diese durch betrügerische Machenschaften wie Meineid, gedungene Zeugen und wortgewandte Rechtsanwälte fehlleiten wollte. Durch den *Law of Property Act 1989 (Miscellaneous Provisions)* hat der Gesetzgeber mittlerweile die Siegelung, die zuvor schon zu einer leeren Formalität herabgesunken war, abgeschafft[605]. An die Stelle der gesiegelten Urkunde trat der *deed*.

C*ontracts, which must be made by deed* sind vom Versprechenden sowie von einem Zeugen zu unterzeichnen[606] und müssen zum Ausdruck bringen, dass sie als

---

601 Es gibt zwar auch in England den angesehenen Beruf des Public Notary, zu dem ein Bewerber erst nach mindestens siebenjähriger Berufstätigkeit von dem unter Aufsicht des Erzbischofs von Canterbury stehenden Court of Faculties zugelassen wird, zu den Einzelheiten vgl. *Brooke*, Treatise on the Office and Oractice of a Notary in England[9], bearbeitet von *Charlesworth* (1985) 24. Typischerweise besteht die Aufgabe des Public Notary im wesentlichen jedoch darin, Urkunden aufzusetzen, die die Parteien nach ausländischem Recht benötigen und von denen sie später im Ausland Gebrauch machen wollen, vgl. *Zweigert*/*Kötz* Einführung 361.

602 Zur Entwicklung des Contract Laws in England und der *consideration* siehe hierzu schon oben unter V) 2).

603 Eine Aufstellung der Rechtsgeschäfte, die nach dem Statute of Frauds under seal zu schließen waren, findet sich bei *Zweigert*/*Kötz* Einführung 367.

604 *Graf v. Bernstorff*, Einführung 50, 51.

605 Es reichte aus, wenn auf der Urkunde die Buchstaben *L.S.* oder das Wort *Seal* vorgedruckt waren oder der Versprechende bzw. dessen Anwalt eine rote Papiermarke auf die Urkunde geklebt hatte, vgl. *Zweigert*/*Kötz* 367.

606 *Zweigert*/*Kötz*, Einführung 367; *Graf v. Bernstorff*, Einführung 50, 51, insbesondere die dortige FN 127. In Unternehmen konnte anstelle des Siegelns auch ein director und der company secretary – oder alternativ zwei directors – den Vertrag unterschreiben. Ausnahmen gibt es im Familien- bzw. Erbrecht, insbesondere bei der Errichtung eines

deed gewollt sind. Die zwingende Schriftform begründet sich nach Sinn und Zweck entweder in wirklichen Schriftformerfordernissen – so beispielsweise die Schriftform für Grundstückskaufverträge nach Section 2 Abs. 1 des *Law of Property Act 1989* – oder ergibt sich aus der Tatsache, dass ein Leistungsversprechen abgegeben werden soll, welches an keine Gegenleistung (*consideration*) gebunden ist.

So unterliegt beispielsweise (im Gegensatz zum deutschen Recht[607]) der Abschluss eines wirksamen Abtretungsvertrages aufgrund der fehlenden *consideration* einem Formerfordernis, da die Abtretung schriftlich durch Unterschrift des Zedenten erfolgen muss (*in writing under the hands of the assignor*). Aus demselben Grund können Interzessionsversprechen, also Versprechen, für eine fremde Schuld einzustehen, nach dem *Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954* nur eingeklagt werden, wenn sie schriftlich erteilt sind[608]. Auch Schenkungsversprechen unterliegen mangels consideration der Schriftform, während Bürgschaftsversprechen infolge der vorhandenen[609] *consideration* formfrei sind. Scheck- und Wechselversprechen wiederum bedürfen nach dem *Bills of Exchange Act 1882* der Schriftform, obwohl eine consideration in der Regel zwischen Bezogenem (*drawee*) und Wechselnehmer (*payee*) angenommen werden kann[610].

Wird die im englischen Recht notwendige Form nicht eingehalten, können die Verträge bestimmter Vertragstypen zwar erfüllt, ihre Erfüllung jedoch nicht

---

Testaments. In England muss dieses zu seiner Wirksamkeit zuerst vom Erblasser abgefasst und unterschrieben werden. Anschließend ist dieser Vorgang wiederum von zwei Zeugen durch Abgabe ihrer Unterschrift auf dem Testament zu bestätigen, erst dann wurde das Testament wirksam errichtet.

607 Ein Abtretungsvertrag ist formfrei, *Heinrichs* in *Palandt*, § 398 Rz 7.

608 Das *Statute of Frauds* wurde bis auf Interzessionsversprechen und Grundstücksgeschäfte durch den *Law Reform (Enforcement of Contracts) Act 1954* außer Kraft gesetzt.

609 Interessanterweise ist die *consideration* bei der englischen Bürgschaft kein Anlass zur juristischen Diskussion. Begründet wird sie damit, dass der Gläubiger die Forderung fällig gestellt hat und dem Hauptschuldner gegen Hereinnahme der Bürgschaft gestundet wird. Die *consideration* ist dann der Verzicht des Gläubigers auf Geltendmachung der Forderung, vgl. hierzu *Brink*/*Habel* in *Hadding*/*Schneider*, Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil IV (1980) 90; *Gregg* vs *Bromley* (1912) 3 K.B. 474; *Heiser* vs *Anglo-Dal Ltd* (1954) 1 Lloyd's Rep. 5 C.A.; *Graf v. Bernstorff*, Einführung 138.

610 Eine Besonderheit des englischen Wechselrechts liegt darin, dass ausnahmsweise auch eine schon zurückliegende Gegenleistung (past consideration) ausreicht, vgl. hierzu oben unter V) 2); *Graf v. Bernstorff*, Einführung 138; *Guest in: Anson's* Law of Contract[27] (1998) 447; *Chitty* in: *Chitty* on Contracts[28], Volume I (2001), Rz 19.

eingeklagt werden (*unenforceability*)[611].

b) Übertragung zivilrechtlicher Willenserklärungen

Die englischen Juristen stehen dem Telefax seit jeher aufgeschlossen gegenüber. Schon im September 1988 wurde das Lord *Chancellor* Department aufgefordert, dieses Medium als „*an acceptable mode of service*" anzuerkennen[612].

Zwei Monate später wurde in der Literatur das Telefax als geeignetes Übertragungsmittel bei der Kommunikation zwischen Mieter und Vermieter angesehen. Das Erfordernis des *writing* umfasse nicht nur eine schreibmaschinenschriftliche oder gedruckte Mitteilung, sondern auch „*other modes of representing or reproducing words in a visible form*", da die Art und Weise des Zustandekommens der schriftlichen Mitteilung unerheblich sei[613]. Maßgebliches Kriterium sei allein die schriftliche Niederlegung. Ob die Mitteilung an einem Ort initiiert wurde und an einem anderen Ort auf dem Papier erscheine sei unerheblich. Konsequenterweise solle das Übertragungsrisiko dem Versender obliegen[614], dies ergebe auch ein Vergleich mit dem Briefversand. Für letzteren sei anerkannt, dass der Brief nicht zugestellt worden sei, solange der Versender nicht glaubhaft darlegen könne, dass die postalische Mitteilung beim Empfänger eingegangen sei[615].

Kurz darauf entschied der Court of Appeal, dass das Telefax eine ordnungsgemäße Übertragungsmöglichkeit für alle Schriftsätze mit Ausnahme verfahrenseinleitender Dokumente an das Gericht sei[616], sofern diese vollständig und lesbar seien[617]. Diese Rechtsauffassung galt bereits im Jahre 1990 durch mehrere Verfügungen des Lord Chancellor Departments als überholt. Das Telefax wurde als vollwertiges Übertragungsmedium für die Kommunikation mit

---

611 *Müller*/*Roessler* Anerkennung, DuD 1999, 497.

612 *Gold*, Fax about Service, New Law Journal (1988) Vol. 138 No 6374, 659. Der Lord Chancellor ist Sprecher des House of Lords, oberster Richter und Vorgesetzter der Gerichtshöfe und erlässt (makes) die Verwaltungs- und Verfahrensvorschriften (rules bzw. sub-rules).

613 S. 6 of the interpretation act 1978.

614 *Malone*, Landlord and Tenant – Serving notices during a postal dispute, Law Society's Guardian Gazette, LSG 85.43 (19), 23 November 1989.

615 *Stylo Shoes* vs *Prices Tailors Ltd* (1960) Ch 396.

616 *Hastie & Jenkerson* vs *McMahon* (1991) 1 All E.R. 255.

617 *Ralux NV/SA* vs *Spencer Mason* (1989) The Times, 18 May 1989, CA. Siehe auch Law Society's Gazette, Professional – Legal Practice – Use of Faxes 27 November 1991 LSG 88.43 (15).

Gerichten und Behörden in die verschiedensten Verfahrensvorschriften aufgenommen[618]. Auch für *writs* oder den Privatrechtsverkehr zwischen Mieter und Vermieter und mit Banken wurde diese Möglichkeit der Versendung positivrechtlich normiert[619].

Hinsichtlich der Identitäts- und Abschlussfunktion von Unterschriften wird bereits jedes Zeichen oder Kürzel bis hin zu einem Unterschrifts-Stempel unter einem Dokument als ausreichend gesehen, solange das Gesetz keine andere Form vorschreibt und der Aussteller erkennbar ist oder sich ermitteln lässt[620]. Demnach entspricht das Telefax in England anerkanntermaßen dem Schriftformerfordernis[621], auch wenn die Risiken bei der Übertragung bekannt sind[622].

c) Übertragung behördlicher und prozessualer Willenserklärungen

Bereits am Beispiel des Telefax ist zu erkennen, dass die Formfreiheit in England im Vergleich zu Deutschland und Österreich noch extensiver ausgelegt wird.

Einen abschließenden Katalog „anerkannter" Kommunikationsmedien gibt es nicht. Im Gegenteil – die Kommunikation mit Gerichten per Telefax ist in England positivrechtlich normiert. Per Telefax an das Gericht verschickte Dokumente werden als ausreichend angesehen und müssen auch nicht mehr zusätzlich per Post nachgereicht werden. Maßgeblicher Übertragungszeitpunkt ist die bei Gericht auf dem Ausdruck angezeigte Uhrzeit. Gleichzeitig ist das Gericht verpflichtet, ein Faxeingangsbuch zu führen, in dem die eingehenden Faxnachrichten vermerkt werden[623]. Interessanterweise kann sogar jedes Gericht

---

618 Als Beispiele seien nur die wichtigsten genannt: The Rules of the Supreme Court (Amendment No 3) 1990 (im Anhang B); Civil Procedure Rules Part 6 (Service of Documents) Rule 6.2 (1) (e); The Land Charges (Amendment) Rules 1990.

619 The Rules of the Supreme Court (Amendment No 3) 1990 s.2-s.6 (im Anhang B). Mieter-Vermieter: Law of Property Act 1989 Sec. 2 (3); *Bircham & Co and others* vs *Worell Holdings Ltd* (2001) EWCA Civ 775. Banken: Bei der Überarbeitung der Uniform Customs and Practice for Documentary Credit (U.C.P. 400, gültig von 1983-1993) wurde in die neuen U.C.P. 500 in Art. 20 b) die per Telefax eingereichte Unterschrift als „mode of signature" aufgenommen.

620 Beispielsweise wird in den Insolvency Rules von 1986 in Rule 6.1 (1) eine handschriftliche Unterschrift gefordert. Zum Unterschriftsstempel siehe *Goodman* vs *Eban (J) Ltd* (1954) 1 All E.R. 763.

621 *Berensmann*, Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht (1988) 32.

622 *Blackmore*, Postbow – Fax Black Hole, Law's Society's Gazette 3 June 1992 LSG 89.21 (15).

623 Civil Procedure Rules Part V para 5.1. Die Unterlassung kann einen

nach eigenem Ermessen entscheiden, ob es neben den gängigen Kommunikationsmitteln auch noch andere anerkennt[624]. Daher ist auch die elektronische Kommunikation via Email oder Internet ohne Vorbehalte anerkannt. Im Hinblick auf die Vorgaben europäischer Richtlinien hat zwar auch England mit dem Electronic Communications Act 2000[625] eigene Regelungen für die Verwendung signierter Emails geschaffen, indem ähnlich wie in Deutschland oder Österreich die Verschlüsselung von Emails mittels Kryptographie und die Voraussetzungen für die Zertifizierung von Providern für Verschlüsselungszertifikate geregelt ist. Diese Regelungen wirken sich aber in Anbetracht der unterschiedlichen Beweisbarkeitsregelungen in der alltäglichen Praxis nicht annähernd so auf den geschäftlichen Rechtsverkehr aus wie in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen.

Auch die englischen Behörden erlauben die Kommunikation per Telefax und raten den Absendern sogar, die Sendebestätigung als Nachweis zu behalten[626].

Daher macht die Vorlage einer Sendebestätigung im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung des *evidentiary burdens* die Behauptung, dass eine Mitteilung verschickt worden sei, wahrscheinlicher. Im Rahmen der Gewichtung des Sendeberichts kommt diesem praktisch der Stellenwert eines Anscheinsbeweises im deutschen Sinne zu. Dies gilt sowohl bei der Kommunikation mit Gerichten, als auch im Privatrechtsverkehr, da die englische Rechtsprechung – soweit ersichtlich – hierbei keinen Unterschied macht.

VIII) Zugangs- bzw. Kenntnisnahmefiktion

1) Zeitpunkt des Zugangs in Deutschland

Nach der in § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB normierten Empfangstheorie muss die Willenserklärung derart in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt sein,

---

Schadenersatzanspruch gegenüber dem Staat begründen, vgl. *Black Arrow Finance Ltd* vs *Four Seasons Dry Cleaning Ltd and Simon Wills* (2001) EWCA Civ 430.

624 Civil Procedure Rules Part 6 Rule 6.8.

625 Zu finden unter: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/ukpga_20000007_en_1.

626 Asylum and Immigration Tribunal (Department for Constitutional Affairs) FAQ Nr. 7, zu finden unter: http://www.ait.gov.uk/faq/faq.htm.

dass dieser die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen[627]. Hieraus folgt, dass der Absender dafür Sorge zu tragen hat, dass die Willenserklärung dem Empfänger vollinhaltlich zugeht. Störungen bei der Datenübermittlung im öffentlichen Netz sowie beim elektrischen oder elektronischen Versand von Mitteilungen stellen typische Transportrisiken dar, welche nach einhelliger Meinung in den Risikobereich des Absenders fallen (vgl. auch § 120 BGB)[628].

Ungeachtet des bereits oben in III) 4) und 5) angerissenen Streits herrscht im Allgemeinen Einigkeit darüber, dass die Kenntnisnahmemöglichkeit des Empfängers zumindest dann besteht, wenn die Mitteilung in Papierform einwandfrei lesbar in seinen Herrschaftsbereich eingelangt ist[629]. Ist aber die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Empfänger gegeben, kann der Absender innerhalb einer bestimmten Zeitfrist aus Verkehrsschutzgesichtspunkten auch mit der tatsächlichen Kenntnisnahme rechnen[630]. Eine tatsächliche Kenntnisnahme durch den Empfänger wird demzufolge nicht vorausgesetzt. Dieser kann den Zeitpunkt des Zugangs also nicht manipulieren, indem er die in seinem Machtbereich befindliche Erklärung nicht zur Kenntnis nimmt[631].

Damit wird die Erklärung nach Ablauf der Zeitfrist wirksam, selbst wenn der Empfänger diese im konkreten Einzelfall nicht gelesen haben sollte. Je nach Übertragungsart und dem Zeitpunkt der Übertragung haben sich unter Berücksichtigung der Stellung des Empfängers bestimmte Kriterien zur Bemessung der Kenntnisnahmefrist herausgebildet. Durch eine Fülle von Urteilen wurden die einzelnen Zugangskriterien ziemlich detailliert herausgearbeitet.

a) <u>Zeitpunkt des Zugangs im Privatrechtsverkehr</u>

Danach kann bei einem privaten Empfangsgerät, das sich in der Wohnung des Empfängers befindet und eingeschaltet ist, praktisch jederzeit von dem Inhalt der eingehenden Mitteilung Kenntnis erlangt werden. Sofern als Kommunikationsweg eröffnet[632], kann bei der elektrischen und elektronischen Übermittlung an einen

---

627 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5.
628 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 36.
629 Diese Alternative wurde für die Darstellung der folgenden Erwägungen gewählt, da ungeachtet des gewählten Kommunikationsmediums zumindest die Möglichkeit besteht, eine Mitteilung in Papierform auszudrucken.
630 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 169.
631 *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363.
632 Bei einem Unternehmer-Nutzer (vgl. § 14 Abs. 1 BGB) ist diese „Freigabe" angesichts

privaten Anschluss mit der tatsächlichen Kenntnisnahme am selben Tag gerechnet werden, wobei im Einzelfall allerdings wiederum die Gewohnheiten des Empfängers und Zumutbarkeitsgesichtspunkte entscheidend sein können. Ungeachtet dessen verzichtet der Privatmann damit nicht etwa konkludent auf die Einhaltung der üblichen Zustellzeiten, sofern er sich elektronischer Kommunikationsmittel bedient[633]. Genauso wenig wie von einer Privatperson verlangt wird, dass sie stündlich den Briefkasten hinsichtlich eingeworfener Sendungen protokolliert[634], wird man verlangen, dass der private Nutzer einer elektrischen oder elektronischen Empfangsvorrichtung diese laufend auf eingehende Erklärungen hin überprüft[635]. Nach der Verkehrsanschauung kann man jedoch von einer täglichen Leerung des Email-Accounts – üblicherweise abends, wenn am Feierabend der Computer eingeschaltet wird – ausgehen[636]. Handelt es sich hingegen um ein in einem Geschäftsraum aufgestelltes Endgerät, so ist mit dem Zugang zu den üblichen Geschäftszeiten zu rechnen[637]. Geht die Mitteilung

---

seines zu vermutenden Interesses an einem schnellen und elektronisch weiter zu bearbeitenden Nachrichtenaustausch ohne weiteres darin zu sehen, dass er seine Email-Adresse oder Website in irgendeiner Weise kundtut (Werbung, Briefbögen, Suchmaschinen), vgl. *Ultsch*, Zivilrechtliche Probleme, DZWiR 1997, 466. Eine Beschränkung auf andere Kommunikationswege unter Ausschluss des Internets müsste dem konkreten Geschäftspartner gegenüber als so genannten „opt out" besonders zum Ausdruck gebracht werden. Der Verbraucher-Nutzer muss dementsprechend dem konkreten Geschäftspartner gegenüber deutlich machen (opt-in), dass er die Kommunikation will – etwa dadurch, dass er den rechtsgeschäftlichen Kontakt selbst auf elektronischem Wege aufnimmt, *Cordes*, Form und Zugang von Willenserklärungen im Internet im deutschen und US-amerikanischen Recht (2001) 111. Weitergehend *Ann* in *Hohl*/*Leilbe*/*Sosnitza*, Vernetztes Recht (2001) 8, wonach die Bekanntgabe der Email auf der privaten Homepage ausreichend sei. Nach *Dörner* soll die Auslegung des Verbraucher-Verhaltens im Einzelfall entscheidend sein, siehe *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363.

633 So aber *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74; *Daumke*, Rechtsproblem der Telefaxübermittlung, ZIP 1995, 722; indifferent *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985.

634 Allerdings ist die Vorstellung überholt, dass mit der Briefkastenleerung nur vormittags zu rechnen ist. Bis 18.00 Uhr eingeworfene Briefe gehen daher noch am selben Tag zu, vgl. *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 6; BayVerfGH, Urt. v. 15.10.1992 – Vf.117-VI-91 (NJW 1993, 518); LG Stuttgart, Urt. v. 22.11.2001 – 20 O 467/01 (BB 2002, 380); aA früher BAG, Urt. v. 08.12.1983 – 2 AZR 337/82; OLG Hamm, Urt. v. 25.04.1994 – 8 U 188/93 (NJW-RR 1995, 1187); LAG Brandenburg, Urt. v. 11.03.1998 – 7 Sa 216/97 (MDR 1999, 368).

635 *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 169. Vgl. hierzu auch die dortigen FN 248, 561: hat der Verbraucher-Nutzer seinen elektronischen Briefkasten für den Rechtsgeschäftsverkehr freigegeben, muss er ihn auch regelmäßig auf eingegangene Post überprüfen.

636 *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363.

637 Da der Geschäftsmann grundsätzlich während der gesamte Geschäftszeit mit dem Eingang von Nachrichten rechnen muss, vgl. *Säcker* in MüKo, BGB Einleitung Rz 169. Welche Geschäftszeiten „üblich" sind, wurde noch nicht genauer erörtert. Um 16.13 Uhr kann an einem Freitag jedenfalls nicht mehr damit gerechnet werden, dass ein Telefax noch während der Geschäftszeiten zugeht, vgl. OLG Rostock, Urt. v. 24.09.1997 – 5 U 23/96 (NJW-RR 1998, 526).

erst nach Geschäftsschluss zu, so kann der Zugang erst mit dem nächsten Geschäftsbeginn erfolgen[638].

Diese Erwägungen sind verallgemeinerungsfähig und gelten nicht nur für den Brief, sondern grundsätzlich für alle Kommunikationsmedien wie das Fernschreiben, Telefax, Anrufbeantworter oder Erklärungen im BTX-Telex-Dienst[639], beim Einlegen in das Postschließfach oder das Bereitstellen einer auf Veranlassung des Empfängers postlagernd verwahrten Sendung zur Abholung[640], sofern und sobald mit Abholung zu rechnen ist[641].

Bei Kommunikationsmedien ohne automatischen Ausdruck ist der Zeitpunkt der Kenntnisnahme(-möglichkeit) umstritten. Die Rechtsprechung folgt stringent der Empfangstheorie und verlangt in der Regel den tatsächlich erfolgten Ausdruck der Mitteilung[642]. Begründet wird dies damit, dass beim Empfänger vielfältige Ursachen für die fehlende Kenntnisnahme der übermittelten Nachricht denkbar seien. So könne beispielsweise der Ausdruck eines Telefaxes bereits an fehlendem Papier oder Papierstau scheitern. Auch eine fehlerhafte Arbeitsweise des Empfangsgerätes sei möglich. Die bloße Übermittlung der Daten an das Empfangsgerät reiche daher nicht aus. Erst mit der schriftlichen Verkörperung sei

---

638 OLG Rostock, Urt. v. 24.09.1997 – 5 U 23/96; *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985; *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; *Ernst*, Internet Willenserklärungen, NJW-CoR 1997, 165; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 6; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 20; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 5; *Medicus*, BGB Rz 46; IHK Mittlerer Niederrhein in: Telefax. Rechtsprobleme bei der Verwendung, zu finden unter: www.mittlerer-niederrhein.ihk.de. Hierzu instruktiv auch der Fall des AG Frankfurt, Urt. v. 11.03.1993 – 30 C 3203/92-20 (NJW-RR 1993, 1332): Die Frist für die Geltendmachung von Reisemängeln ist nicht gewahrt, wenn der Reisende dem Reisenveranstalter am letztmöglichen Tag der Frist um 23.29 Uhr ein Telefax sendet, vgl. auch allgemein *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 6, 7, 7a m.w.N.

639 OLG Köln, Urt. v. 01.12.1989 – 6 U 10/89 (NJW 1990, 1608).

640 Sofern der Adressat postlagernde Sendungen mit dem Absender vereinbart oder jedenfalls akzeptiert hat, sowie bei Benutzung von Postschließfächern kommt es daher richtigerweise nicht auf den Zeitpunkt an, in dem der Brief zur Abholung bereitgelegt bzw. der Brief in das Postfach einsortiert wird, vgl. BAG, Urt. v. 08.12.1983 – 2 AZR 337/82; RG, Urt. v. 03.05.1934 – IV 17/34 (RGZ 144, 293); Anderer Ansicht *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 12a; *Flume* Bd II § 14 3c, die dafür aber beide zwischen dem Zugang und der Rechtzeitigkeit unterscheiden, hierfür ergibt sich aber aus dem Gesetzestext kein Anhaltspunkt.

641 BAG, Urt. v. 08.12.1983 – 2 AZR 337/82; BVerwG, Urt. v. 11.05.1960 – V C 320.58 (NJW 1960, 1587; BVerwGE 10, 293); OLG Hamm, Urt. v. 26.11.1985 – 26 U 118/85 (NJW 1986, 996); vgl. auch *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 25; *Jauernig* in *Jauernig* § 130 Rz 5; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 6; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 19.

642 LAG Düsseldorf, Urt. v. 24.02.2004 – 8 Sa 1806/03 (DB 2004, 1159 m.w.N.); *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 23; BGH, Urt. v. 18.01.1978 – IV ZR 204/75 (BGHZ 70, 232; NJW 1978, 886); *Baumgärtel*/*Laumen*/*Prütting*, Handbuch der Beweislast. BGB Allgemeiner Teil[3] (2007) Bd. I, § 130 BGB Rz 1.

die übermittelte Erklärung für den Empfänger verständlich[643].

Eine konsistente Linie für unverkörpert übermittelte Willenserklärungen ist jedoch nicht erkennbar – denn teilweise wird der Zugang auch vorverlagert: So geht ein Telegramm schon mit der telefonischen Durchsage zu[644], ein BTX-Telex in dem Zeitpunkt, in dem es hätte abgerufen werden können[645]. Ebenso wie beim Telex soll für die Email[646] ausreichen, dass Willenserklärungen an einen Empfänger, der im Rechtsverkehr mit seiner Email-Adresse auftritt, dann zugehen, wenn sie in seiner Mailbox oder der seines Providers abrufbar gespeichert sind, beim Eingang zur Unzeit am folgenden Tag[647]. Selbst bei Privaten kann man mittlerweile davon ausgehen, dass der Zugang spätestens am nächsten Tag nach dem Eingang in der Mailbox erfolgt[648]. Für alle Kommunikationsmedien gilt zudem, dass mit früherer tatsächlicher Kenntnisnahme der Zugang als erfolgt gilt[649].

Diese allgemeinen Grundsätze über die Kenntnisnahme können nach der eingeschränkten Vernehmenstheorie jedoch nicht angewandt werden, wenn der Erklärende weiß oder damit rechnen muss, dass der Empfänger aufgrund fehlender Sprachkenntnisse die Mitteilung nicht verstehen kann. Zwar wird die Kenntnisnahme infolge mangelnder Sprachkenntnisse nicht ausgeschlossen, wenn der Empfänger sich bei einer Weltsprache unschwer eine Übersetzung verschaffen kann[650], andernfalls könnte man die Kenntnisnahme der Erklärung erst nach Ablauf einer angemessenen Frist in Betracht ziehen[651]. Parallel hierzu ist ein

---

643 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141 m.w.N.

644 RG, Urt. v. 12.07.1922 – III 674/21 (RGZ 105, 256).

645 OLG Köln, Urt. v. 01.12.1989 – 6 U 10/89.

646 *Ernst*, Internet Willenserklärungen, NJW-CoR 1997, 165; *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007; *Taupitz*/*Kritter*, Electronic Commerce, JuS 1999, 839.

647 *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007; *Vehslage*, Formanpassungsgesetz, DB 2000, 1801; *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363; *Borges*, Verträge 249.

648 *Ernst*, Internet Willenserklärungen, NJW-CoR 1997, 165; *ders*. Grundzüge der Vertragsgestaltung im Internet (2003) Rz 14; *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007; *ders.*, Zivilrechtliche Probleme, DZWiR 1997, 466; *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

649 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 4.

650 *Schlechtriem*, Das „Sprachrisiko" – ein neues Problem? in FS-*Weitnauer* (1980) 129; nicht unterscheidend zwischen Welt- und anderen Sprachen *Schiemann* in *Staudinger*, Eckpfeiler 50.

651 LAG Hamm, Beschl. v. 04.01.1979 – 8 Ta 105/78 (NJW 1979, 2488); BAG, Urt. v. 09.08.1984 – 2 AZR 400/83; *Rüthers*/*Stadler*, § 17 Rz 50a; aA *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5: Fehlende Sprach- und Lesefähigkeit sollen den Zugang grundsätzlich nicht hindern, mit Verweis auf LAG Köln, Beschl. v. 24.03.1988 – 8 Ta 46/88 (NJW 1988, 1870). Auch dürfe der Zeitpunkt nicht um die für die Inanspruchnahme eines Dolmetschers notwendige

Zugang mangels effektiver Kenntnisnahmemöglichkeit bei der Kommunikation via Email zu verneinen, wenn die Nachricht in einem ungewöhnlichen Format gehalten ist und der Empfänger besondere Hilfsmittel oder Softwareprogramme bräuchte, um sie zu öffnen[652].

Wird rechtzeitiger Zugang durch Umstände im Bereich des Empfängers verhindert, obwohl mit dem Empfang von Erklärungen konkret und generell zu rechnen war, so ist gemäß § 242 BGB rechtzeitiger Zugang anzunehmen, sofern der Erklärende (gegebenenfalls auch nach Fristablauf) alles Erforderliche und Zumutbare unternimmt, um den Zugang zu erreichen[653]. Verweigert der Empfänger den Zugang vorsätzlich (z.B. lehnt er die Annahme eines ihm persönlich zu übergebenden Schriftstücks ab) so wird der Zugang fingiert, d.h. er wird so behandelt, als sei ihm die Erklärung zugegangen. Gleiches gilt bei arglistiger[654], sowie bei fahrlässiger Zugangsvereitelung. Schlägt beispielsweise die Übermittlung einer Telefaxmitteilung aufgrund von Störungen aus der Sphäre des Empfängers fehl, ist gemäß § 242 BGB ein vollständiger (und rechtzeitiger) Zugang des Schreibens anzunehmen[655], da sich dieser die Gefahren seines Macht- und Einflussbereichs zurechnen lassen muss[656]. Hierzu gehören insbesondere ein defektes Faxgerät[657] oder – als Obliegenheitsverletzung des Empfängers –

Zeit hinausgeschoben werden, LAG Köln, Beschl. v. 24.03.1988 – 8 Ta 46/88; *Neuner*, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, 1822. Anderer Ansicht wiederum *Flume* Bd II § 15 I 5: Versteht der Empfänger die Erklärung in einer fremden Sprache nicht, so braucht er die Erklärung nicht gegen sich gelten lassen, mit der Folge, dass die nicht verstandene Erklärung als nicht zugegangen anzusehen ist.

652 *Spindler*, Bankrecht und E-Commerce – Sicherheit im Rechtsverkehr in: *Hadding*/*Hopt*/*Schimansky*, Schriftenreihe der bankrechtlichen Vereinigung Nr. 19, Bankrechtstag 2001 (2002) 171; *Vehslage*, Formanpassungsgesetz, DB 2000, 1801; *Schneider*, Elektronisch übermittelte Willenserklärungen, Anm. zu *Vehslage* (AnwBl 2002, 275).

653 BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97, wobei bei Zugangsvereitelung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses ein erneuter Zugangsversuch unnötig ist; wohl auch BAG, Urt. v. 25.04.1996 – 2 AZR 13/95 (NJW 1997, 146); *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 15.

654 *Schwab*, Zivilrecht Rz 530; BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 15.

655 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 36 m.w.N.; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 15; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 18, 17.

656 Vgl. *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 11. Die Grundsätze bei der Kommunikation mit Behörden und Gerichten ist auch auf den Privatrechtsverkehr übertragbar, BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93.

657 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 37; ebenso für den Eingang prozessualer Erklärungen BVerfG, Beschl. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95; BGH, Beschl. v. 23.06.1988 – X ZB 3/87 (BGHZ 105, 40; NJW 1988, 2788); *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985; für materiellrechtliche Regelungen nicht ausdrücklich entschieden in BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222).

fehlendes Papier[658] bzw. falsche Handhabung des Faxgeräts[659]. Gleiches ist anzunehmen, wenn der Empfänger im geschäftlichen Verkehr einen Telefaxanschluss angibt, der nicht auf ihn angemeldet ist. Handelt es sich nicht um seinen Telefaxanschluss, muss hierauf ausdrücklich hingewiesen werden, andernfalls muss sich der Empfänger aufgrund des so geschaffenen Rechtsscheins so behandeln lassen, als habe er den Dritten als Empfangsbevollmächtigten für Telefaxsendungen bestellt[660].

Hat der Empfänger aus Nachlässigkeit sein Email-Account nicht geleert und ist daraufhin der Speicher voll und nimmt keine Emails mehr an, kann der Absender ebenfalls verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn die Erklärung den Adressaten rechtzeitig zugegangen wäre[661].

Weitere Ausnahmen von diesem Grundsatz werden im Gesetz ausdrücklich geregelt. Stellt der Wortlaut der jeweiligen Norm auf die rechtzeitige Absendung einer Willenserklärung oder die geschäftsähnlichen Handlung ab, (so etwa für die Anfechtungserklärung: § 121 Abs. 1 S. 2 BGB, für den Widerruf einer Willenserklärung: §§ 2 Abs. 1 S.1 HausTWG, 7 Ans. 2 S.1. VerbrKrG; für die Mängelanzeige beim Kauf: §§ 478 Abs.1 S.1 BGB, 377 Abs. 4 HGB), so ist für die Wirksamkeit dieser wie auch anderer empfangsbedürftiger Willenserklärungen erforderlich, dass die Erklärung dem Empfänger zugeht. Das Risiko des Verlustes trägt in diesem Fall der Erklärende, während der Empfänger das Verzögerungsrisiko trägt[662/663].

Da die Regelung des § 130 BGB aber nicht zwingend ist, können die Parteien eine Vereinbarung darüber treffen, dass die Willenserklärung bereits mit der Abgabe oder zu einem anderen Zeitpunkt (etwa erst mit tatsächlicher Kenntnisnahme des Empfängers) wirksam wird[664]. Zulässig ist auch eine Vereinbarung, wonach der

---

658 BGH, Urt. v. 02.10.1991 – IV ZR 68/91 (NJW 1992, 244; MDR 1991, 1193; WM 1991, 2080); BGH, Beschl. v. 06.03.1995 – II ZB 1/95 (NJW 1995, 1431; MDR 1995, 527; CR 1995, 728).

659 Vgl. BGH, Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00 (VersR 2002, 1045).

660 BFH, Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96.

661 *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 46; *Taupitz*/*Kritter*, Electronic Commerce, JuS 1999, 839; *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363.

662 BGH, Urt. v. 13.05.1987 – VIII ZR 137/86 (BGHZ 101, 49; NJW 1987, 2235; WM 1987, 902 m.w.N.); *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 15.

663 Vgl. hierzu auch unten unter XIII) 4).

664 BGH, Urt. v. 07.06.1995 – VIII ZR 125/94 für eine Vereinbarung über den Verzicht auf formwirksamen Zugang mit insoweit zustimmender Besprechung *Armbrüster*, Zugang beurkundungsbedürftiger Willenserklärungen, NJW 1996 438 (für eine Vereinbarung

Zugang einer Erklärung fingiert wird, sowie die Vereinbarung einer besonderen Zugangsform, beispielsweise durch einen eingeschriebenen Brief[665]. Soweit allerdings die besondere Zugangsform des Einschreibens vereinbart wird, wird hierdurch vertraglich lediglich eine verlässliche Form der Übermittlung des Textes geregelt, der nicht die Bedeutung eines Wirksamkeitserfordernisses zukommt[666]. Zu beachten ist darüber hinaus, dass im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für solche Parteivereinbarungen noch mal etwas anderes gelten kann.

b) <u>Zeitpunkt des Zugangs bei öffentlichen Einrichtungen</u>

Für die Kommunikation zwischen Behörde und Bürger gilt, dass per Post übermittelte Verwaltungsakte gemäß § 122 Abs. 2 AO als am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben gelten. Auf einen Anscheinsbeweis, der auf den typischen, nicht aber auf den tatsächlichen Geschehensablauf abstellt, kann der Zugangsbeweis nach § 122 Abs. 2 AO hingegen nicht gestützt werden[667]. Allerdings dürfen Fristen im Hinblick auf einen möglichst effektiven Rechtsschutz des Bürgers in der Kommunikation mit Gerichten und Behörden grundsätzlich bis zur letzten Minute genutzt werden[668]. Daher ist der Zugang bei Gerichten mittlerweile[669] auch nach Dienstschluss anerkannt. So liegt ein

---

darüber, unter welchen Voraussetzungen das Erfordernis des Zugangs einer Willenserklärung als erfüllt gelten soll); *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 7; *Singer/Benedict* in *Staudinger*, BGB § 130 Rz 8; *Flume* Bd II § 14, 2.

665 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 12.

666 OLG Frankfurt, Urt. v. 21.01.1999 – 4 U 61/98 (NJW-RR 1999, 955).

667 Ständige Rechtsprechung seit BFH, Urt. v. 14.03.1989 – VII R 75/85 (BStBl II 1989, 534).

668 BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 – 1 BvR 436/01.

669 So bereits das OLG Hamm, Beschl. v. 24.07.1961 – 3 Ws 392/61 (NJW 1961, 2225). Im Folgenden hatte der BGH in seinem Beschluss vom 15.04.1975 – IX ZB 30/74 für das Fernschreiben zwar noch geurteilt, dass dies nicht der Fall sei. Grundsätzlich könne zwar die Eingabe bis 24.00 Uhr des letzten Tages und damit auch nach Dienstschluss fristgemäß bei der Behörde eingehen. Rechtzeitigkeit sei nach damaliger Auffassung des BGH mit Verweis auf BGH, Beschl. v. 25.04.1951 – II ZB 6/51 (BGHZ 2, 32); sowie BGH, Urt. v. 14.02.1957 – VII ZR 250/56 (BGHZ 23, 307) und BGH, Urt. v. 23.03.1973 – V ZR 39/71 (NJW 1973, 1082) nur dann gegeben, wenn der Schriftsatz „amtlich in die Hände eines zuständigen Beamten gelangt" sei. Andernfalls sei Rechtzeitigkeit nur dann zu bejahen, wenn der Gerichtsvorstand beispielsweise besondere Anordnungen für die Annahme nach Dienstschluss getroffen hätte oder den Fernschreiber analog eines Nachtbriefkastens zur wirksamen Annahme von Mitteilungen nach Dienstschluss gewidmet hätte. Ebenso hätte der Gerichtsvorstand einen Justizbediensteten verpflichten können, den Fernschreiber täglich um 24.00 Uhr auf Eingang zu kontrollieren. Eine diesbezügliche Anweisung sei der Justizverwaltung jedoch nicht zumutbar. Nichts anderes ergebe sich daraus, dass der Fernschreiber auch nach Dienstschluss empfangsbereit gelassen wurde.
Diese Auffassung revidierte der BGH ausdrücklich in seinem Urteil vom 03.06.1987 – IVa ZR 292/85 (BGHZ 101, 276), vor allem mit dem Verweis auf die Entscheidung des

fristgerechter Zugang vor, wenn alle Seiten vollständig und unterschrieben vor Fristablauf, d.h. vor 24.00 Uhr vom Empfangsgerät des Gerichts eingegangen und – nach Ansicht der Rechtsprechung – ausgedruckt worden sind[670]. Für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit ist auch ein vom Geschäftsstellenbeamten nach Wiederaufnahme des Dienstes angebrachter Vermerk unbeachtlich, in dem als Eingangsdatum der (Folge-)Tag bezeichnet wird[671]. Obwohl ein solcher Vermerk das Gericht nicht bindet, muss der Absender die Rechtzeitigkeit des Zugangs im Bestreitensfalle trotzdem beweisen[672]. Daher muss er das Übermittlungstempo mit einkalkulieren[673]: Trifft die letzte Seite – auf der sich regelmäßig die Unterschrift befindet – nach Fristablauf ein, ist der gesamte Schriftsatz verspätet[674], unter Umständen kann dann aber ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet sein. Begründet ist der Antrag, wenn der Absender ein funktionsfähiges Sendegerät ordnungsgemäß benutzt und so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnt, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss bis 24.00 Uhr zu rechnen ist. Zur Beurteilung, ob ein Abschluss bis 24.00 Uhr wahrscheinlich ist, kann die Dauer anderer, vergleichbarer Telefaxsendungen durch den Absender herangezogen werden[675].

Ferner ist die jeweilige Prozesshandlung nicht wirksam vorgenommen, wenn die Faxverbindung vor Übertragung der letzten Seite mit der Unterschrift unterbrochen wird. Der Briefkopf einer Rechtsanwaltskanzlei auf einem Schriftsatz reicht nicht aus, um den Autor des Schriftsatzes hinreichend zu

---

Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 03.10.1979 – 1 BvR 726/78 (BVerfGE 52, 203)). Die Rechtzeitigkeit bemisst sich nunmehr allein danach, ob der Schriftsatz rechtzeitig vor Fristablauf ausgedruckt wurde. Nicht relevant ist, ob die Fernschreibstelle im Zeitpunkt des Ausdrucks personell besetzt ist oder nicht.

670 Unerheblich ist hierbei die jeweilige Programmierung des Telefaxes bzw. dessen Zeitanzeige. Je nach Bauart zeigen Uhren eine Minute nach 23.59 Uhr die Mitternacht mit 24.00 Uhr an, das Datum springt erst bei 00.01 Uhr auf den Folgetag. Andere Telefaxanzeigen springen dagegen direkt von 23.59 Uhr auf 00.00 Uhr und zeigen damit auch den Folgetag sofort an. Für den Fristablauf kommt es aber hierauf nicht an, da der letztmögliche Zeitpunkt des Ausdrucks aus dem Telefax 23.59 Uhr ist, nicht 24.00 Uhr. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut *vor Beginn des Folgetages*.

671 BAG, Urt. v. 19.01.1999 – 9 AZR 679/97 (BAGE 90, 329; DB 1999, 1864; BB 1999, 2034; NZA 1999, 925).

672 BGH, Urt. v. 14.03.2001 – XII ZR 51/99; BGH, Urt. v. 18.01.1978 – IV ZR 204/75; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz46.

673 BGH, Beschl. v. 01.02.2001 – V ZB 33/00 (NJW-RR 2001, 916; VersR 2003, 87).

674 BFH, Urt. v. 01.02.1991 – V 3 116/91; BayObLG, Beschl. v. 13.10.1994 – 1Z RR 39/94 (NJW 1995, 668; MDR 1995, 750; CR 1995, 389).

675 Vgl. BGH; Beschl. v. 01.02.2001 – V ZB 33/00. Ebenso begründet ist ein Wiedereinsetzungsantrag aufgrund fehlenden Papiers beim Empfangsgerät der Behörde, BGH, Beschl. v. 20.02.2003 – V ZB 60/02 (NJW-RR 2003, 861).

identifizieren[676]. Unter Umständen kann aber ein Teilausdruck ausreichend sein[677]. Bei einem Abbruch der Übertragung ist im Zweifel durch Nachfrage beim Hersteller des Empfangsgeräts aufzuklären, ob und in welchem Umfang bis zur Unterbrechung der Verbindung eingegangene Daten im Empfangsgerät gespeichert werden und gegebenenfalls noch aufrufbar sind, ob das verwendete Empfangsgerät in einem solchen Fall eingegangene Daten ausdruckt und welche Bedeutung der im Journal ausgewiesene Diagnosecode hat[678].

Eine Ausnahme ist schließlich wiederum gegeben, wenn das Telefaxschreiben erst nach Fristablauf ausgedruckt wird, aber die vom Absendegerät ausgestrahlten Übertragungssignale noch vor Mitternacht im internen Speicher des Empfangsgeräts elektronisch gespeichert worden sind. Sowohl für den Fall, dass das Empfangsgerät eine Störung aufweise[679], als auch bei ordnungsgemäßer Funktionsweise[680].

2) Zeitpunkt des Zugangs in Österreich

Allgemein wird das Spannungsfeld des Zugangs, die Kenntnisnahme und ihre -möglichkeit, sowie Fristbeginn und -ablauf in Österreich ähnlich gesehen wie in Deutschland.

a) Zeitpunkt des Zugangs im Privatrechtsverkehr

Mündliche Erklärungen unter Anwesenden sind sofort zugegangen[681], sofern der Empfänger in der Lage war, die Erklärung zu vernehmen[682]. Ein Brief ist zugegangen, wenn er z.B. der Sekretärin des Empfängers übergeben wurde[683]. Der eingeschriebene Brief ist zugegangen, wenn er einem Empfangsboten[684] ausgehändigt wurde oder entsprechend den Postvorschriften einer anderen Person und die Sendung hiedurch in den Machtbereich des Empfängers gelangt[685]. Wurde ein Brief in den Hausbriefkasten gesteckt, so ist er zugegangen, sobald mit der

676 BGH, Urt. v. 14.03.2001 – XII ZR 51/99.
677 BGH, Beschl. v. 01.02.2001 – V ZB 33/00.
678 BGH, Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00.
679 VGH Mannheim, Beschl. v. 02.12.1993 – A 16 S 2083/93 (CR 1994, 430; NJW 1994, 538); ebenso BGH, Beschl. v. 19.04.1994 – VI ZB 3/94; BGH, Beschl. v. 04.05.1994 – XII ZB 21/94.
680 BVerfG, Beschl. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95.
681 Vgl. OGH 12.12.1974, 7 Ob 246/74 (SZ 47/148).
682 OGH 22.06.1995, 8 Ob A 223/95 (RdA 1996, 224 (mit Anm. *Dullinger*)).
683 Vgl. OGH 06.09.1961, 5 Ob 285/61 (SZ 34/118); OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.
684 *Dullinger*, Falsche Adresse im Versicherungsvertrag in JBl 1986, 13.

Kenntnisnahme gerechnet werden kann; wurde der Brief um Mitternacht in den Briefkasten geworfen, so ist er erst am Morgen zugegangen. Das gleiche gilt für Briefe, die in ein Postfach eingeordnet oder postlagernd bereitgehalten werden[686]. In Abweichung zur deutschen Sichtweise ist allerdings ein wegen Abwesenheit des Empfängers beim Postamt hinterlegter Einschreibbrief bereits zugegangen, sobald er dort (auf dem Postamt) zur Abholung bereit liegt[687]. Ausschlaggebend ist hierbei nicht die tatsächliche Kenntnisnahme, sondern die bloße Möglichkeit, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen[688].

Für die Übermittlung per Telefax gilt, dass die Mitteilung unverzüglich nach Empfang zugegangen ist; bei Empfang geschäftlicher Mitteilungen während der Nacht oder des Wochenendes mit Betriebsbeginn des nächsten Tages[689].

Nach *Fasching* und *Borns* sei als Zeitpunkt des Zuganges der Erklärung der Zeitpunkt des Einlangens der elektronischen Signale in den Speicher des Empfängers anzunehmen. Andernfalls läge es in der Hand des Empfängers, durch Unterlassung des Ausdruckes (dessen Zeitpunkt im Übrigen im Regelfall gar nicht festgehalten wird) die Wirksamkeit der Vereinbarung zu vereiteln[690]. Eine Verschiebung des Risikos derart, dass den Absender auch das der Speicherung und des Abrufs trifft, sei zudem deshalb abzulehnen, da es der Empfänger ist, der den Verkehr eröffnet, und diesen aus verschiedenen Gründen auch erwartet (z.B. durch Angabe der Telefaxrufnummer auf den Geschäftspapieren). Den Empfänger treffe demgemäß nicht nur das Kenntnisnahmerisiko, sondern auch das der Speicherung und des Abrufes[691].

Für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr liegt die Anwendung des Art 20 Abs. 2 CISG nahe, wonach Feiertage bei Fristen „nur" zu einer Ablaufshemmung

---

685 OGH 26.04.1995, 9 Ob A 55/95 (JBl 1996, 128 (mit Anm. *Dullinger*)).

686 Vgl. dazu OGH 15.09.1967, 7 Ob 240/65 (JBl 1967, 151 (mit Anm. *Bydlinski*/*Koziol*)).

687 *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 25; *Rummel* in *Rummel* § 862a Rz 3; vgl. aber frühere Entscheidungen des OGH 12.01.1971, 4 Ob 102/70 (JBl 1971, 485 (mit Anm. *Spielbüchler*)) oder OGH 15.09.1967, 7 Ob 240/65.

688 *Koziol*/*Welser*, Grundriß 95 m.w.N.

689 *Borns*, Übermittlungsrisiko, RdW 1995, 131; *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208; vgl. auch *Rummel* in: FS-*Ostheim* 211; OGH 30.06.1998, 1 Ob 273/97x. Auch wenn die Verordnung des Bundesministerium für Justiz über den elektronischen Rechtsverkehr (ERV 2006) nicht anwendbar ist, so kann doch die der § 1 Abs. 4 ERV 2006 zugrunde liegende Wertung sinngemäß auch für das Telefax herangezogen werden: Danach ist eine Zustellung zwischen 16.00 Uhr und 06.00 Uhr (Nachtzeit) und an Samstagen, Sonn- und Feiertagen nicht zulässig.

690 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

691 *Borns*, Übermittlungsrisiko, RdW 1995, 131.

führen.

Entsprechend der Verwendung von Telefax im geschäftlichen Bereich wird für Emails angenommen, dass mit der Kenntnisnahme der Erklärung innerhalb der üblichen Geschäftszeiten zu rechnen ist[692]. Konkret sei im elektronischen Verkehr der Zugang dann anzunehmen, wenn diese in einem elektronischen Medium gespeichert worden sei und vom Empfänger jederzeit abgerufen werden könne[693].

Eine absichtliche Zugangsvereitelung durch den Empfänger führt zur Fiktion des Zugangs ähnlich den Regeln über die Bedingungsvereitelung[694]. Verhindert er treuwidrig (z.B. durch Aufenthaltswechsel, Nichtabholung) den Zugang, so wird die Erklärung dennoch wirksam[695]. Jeden Empfänger treffen darüber hinaus gewisse Obliegenheiten zur Vorsorge, dass ihn betreffende Erklärungen zugehen können. Diese sind umso stärker, je eher er mit der Möglichkeit des Einlangens rechtserheblicher Erklärungen rechnen musste[696].

b) <u>Zeitpunkt des Zugangs bei öffentlichen Einrichtungen</u>

In der Kommunikation mit Behörden gilt der Zugang als erfolgt, wenn das Anbringen auch tatsächlich bei der Behörde eingelangt ist. Diesbezüglich ist der Absender beweispflichtig[697]. Da § 13 AVG lediglich die Möglichkeit zur Nutzung moderner Technologien ermöglichen soll, jedoch nicht hinsichtlich der Wahrung der Fristen für Anbringen dem Einschreiter das Risiko allfälliger Störungen abnehmen soll, muss im Endeffekt bei der Eingabe per Telefax diese ausgedruckt sein. Sofern daher am letzten Tag einer Frist eine fristgerechte Einbringung mit der gewählten Übertragungsform nicht möglich ist, trägt der Absender hierfür das Risiko. Dieses umfasst neben dem Risiko der Überlastung der Empfangsanlage

---

692 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 71.

693 *Graf*, Rechtsfragen des Telebanking (1997) 51; *Janisch*, Online Banking. Rechtsfragen des elektronischen Überweisungsverkehrs (2001) 73; so auch schon *Canaris*, Bankvertragsrecht[3] Bd I (1988) Rz 419; OGH 15.04.2004, 2 Ob 20/03k. *Helmich* vertritt für den konkreten Fall der Online-Überweisungen die noch weitergehende Ansicht, dass die Gutschrift bereits im Zeitpunkt der Eingabe der Daten aus den Belegen zustande kommt, vgl. *Helmich*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 06.05.2002, 2 Ob 95/02p (ecolex 2002/272).

694 *Rummel* in *Rummel* § 897 Rz 5.

695 OGH 22.05.1968, 3 Ob 53/68 (SZ 41/64; ÖJZ 1968/385 (EvBl)); OGH 19.05.1994, 8 Ob 254/94; OGH 30.04.1997, 9 Ob A 78/97d (SZ 70/89; DRdA 1998, 118 (mit Anm. *Geist*)).

696 *Rummel* in *Rummel* § 897 Rz 7.

697 VwGH 26.01.1996, 95/02/0292; VwGH 31.01.1995, 94/08/0277; VwGH 08.06.1984, 84/17/0068; VwGH 21.01.1983, 82/16/0119; VwGH 21.01.1976, 1207/75; VwGH 21.01.1965, 1711/64; u.a.

und technischen Störungen auch – im Gegensatz zur deutschen Rechtsauffassung, die darin eine Verletzung einer Obliegenheit des Empfängers sieht – auch das Risiko eines Papiermangels des Empfangsgeräts der Behörde[698].

Ein im Wege der Telekopie eingebrachtes schriftliches Anbringen, das außerhalb der Amtsstunden bei der Behörde eingelangt ist, ist fristgerecht, wenn die Behörde ihr Telefaxgerät außerhalb der Amtsstunden bereithält[699].

3) Zeitpunkt des Zugangs in England

Ein Vertrag kommt – ebenso wie nach deutschem und nach österreichischem Recht – durch die Annahme eines Angebots zustande. Der Unterschied zum deutschen Recht besteht lediglich darin, dass der Offerent nicht an sein Angebot gebunden ist (es fehlt an der *consideration* für die Bindung) und die Annahme nicht erst dann wirksam wird, wenn sie dem anderen Teil zugeht, sondern bereits dann, wenn sie abgesandt worden ist (*posted*)[700]. Bei der Abgabe einer Willenserklärung unter Anwesenden muss durch den Erklärenden sichergestellt werden, dass der Empfänger diese auch hören kann, er trägt damit wie in Deutschland das Übermittlungsrisiko für den Zugang[701].

Das Wirksamwerden einer Willenserklärung unter Abwesenden lässt sich – obgleich eine Willenserklärung nicht zwangsläufig mit einem Vertragsangebot gleichzusetzen ist – am anschaulichsten anhand der historischen Entwicklung des englischen Vertragsrechts darstellen. Im *Contract Law* bedarf es zur Verbindlichkeit eines Angebots eines gleichzeitigen Gegenversprechens (*consideration*). Da somit jedes Vertragsangebot bis zur Annahme frei widerrufbar war, wurde nach Aufkommen des Briefverkehrs die Versandlehre entwickelt. Danach wird die Wirksamkeit der Annahmeerklärung vorverlegt[702] und folglich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses so weit wie möglich nach vorne

---

698 *Walter*/*Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze 326; nach deutschem Antrag ist in diesem Fall ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet, sofern andernfalls die rechtzeitige Übermittlung hätte erfolgreich abgeschlossen werden können. In diesem Fall wäre nämlich ein wirkungsvoller Rechtsschutz für den Bürger ohne Sachgründe und damit in nicht zu rechtfertigender Weise erschwert, vgl. BGH, Beschl. v. 20.02.2003 – V ZB 60/02. Aus materiellrechtlicher Sicht ist der Zugang zu fingieren, vgl. BGH, Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00; BVerfG, Beschl. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95; BGH, Beschl. v. 23.06.1988 – X ZB 3/87.

699 VwGH 04.11.1992, 92/18/0168 (VwSlg 13.733 A); VwGH 20.12.1996, 96/02/0296.

700 *Henrich/Huber* 57.

701 *Carlill* vs *Carbolic Smoke Ball Co* (1893) 1 QB 256 (1891-4) All E.R. Rep 127; *Chitty* in *Chitty* Rz 62; *Treitel*, The Law of Contract[9] (1995) 14.

verlagert. Eine Annahme erfolgt nach der *mailbox-rule* nicht erst mit dem Zugang der Annahme, sondern bereits dann, wenn diese vom Angebotsempfänger „auf den Weg gebracht" (*posted*) wurde[703]. Wurde der Brief ordnungsgemäß[704] abgeschickt, trägt der Offerent somit das Verzögerungs- und Verlustrisiko. Ein „Schweigen" alleine reicht daher als Annahmeerklärung nicht aus, die Erklärung muss in jedem Falle ausgesprochen werden (*acceptance must be communicated*)[705]. Möchte dagegen der Offerent sein Angebot unter Abwesenden widerrufen, wird zur Wirksamkeit dagegen auf den Zugang beim Erklärungsempfänger abgestellt[706]. Im Ergebnis wird somit das Verzögerungs- und Übermittlungsrisiko durch die mailbox-rule ungleich verteilt; sie gilt nur für die Annahme eines Angebots, nicht aber für dessen Widerruf.

Obwohl sich auch bei Kommunikationsmedien wie dem Telefax die Beteiligten nicht gegenüber stehen, wurde die mailbox-rule nur auf Telegramme und Boten ausgeweitet, beim Telefon[707], Telex[708] oder Telefax[709] dagegen eine analoge Anwendung abgelehnt. Letztere seien einer Kommunikation unter Anwesenden (conversation face to face) eher vergleichbar, da Abgabe und Empfang der Annahmeerklärung stets zusammenfallen[710]. Begründet wurde dies in dem zitierten Urteil durch Richter *Denning* darüber hinaus mit der These, dass unter Anwesenden „people usually say *something* to signify the end of the conversation". Dieser Gesprächsabschluss sei mit der Sendebestätigung über die erfolgreiche Übermittlung gleichzusetzen. Dies bedeute, *presumably both parties will be aware of any break in the connection and be able to take corrective action.* Diese Begründung wird mittlerweile als „universal rule" angesehen und auch in

---

702 *Adams and others* vs *Lindsell* (1818) 1 B. & Ald. 681, 106 E.R. 250.

703 *Ranieri*, Obligationenrecht 73; *Henrich*/*Huber* 57. Ungeachtet dieses Grundsatzes wurden folgende Begründungen in der englischen Literatur als unzureichend angesehen: Andernfalls müssten zu viele Bestätigungsschreiben versandt werden (*Adams and others* vs *Lindsell* (1818) 1 B. & Ald. 681, 106 E.R. 250.), die Post ist als Empfangsbote des Offerenten anzusehen (*Household Fire Insurance* vs *Grant* (1879) 4 Ex. D. 216.).

704 „Deemed to be effected by properly adressing, pre-paying and posting a letter containing the document unless the contrary is proved", vgl. Interpretation Act 1978 Chapter 30, s.7.

705 *Felthouse* vs *Bindley* (1862) 11 CB (NS) 869; 142 E.R. 1037 (CP); Ausnahmen, die als exceptional cases angesehen warden, sind: *Rust* vs *Abbey Life Assurance* (1979) 2 Lloyd's Rep 334 und *Vitol S.A.* vs *Norelf Ltd* (1996) 3 All E.R. 193.

706 *Byrne* vs *van Tienhoven* (1880) L.R. 5 C.P.D. 344.

707 Re Viscount Supply Co. (1963) 1 O.R. 640 (S.C.).

708 *Entores Ltd* vs *Miles Far Eastern Corporation* (1955) 2 Q.B. 327 (C.A.).

709 *Joan Balcom Sales Inc.* vs *Poirier* (1991), 49 C.P.C. (2d) 180 (N.S.Co.Ct.).

710 *Entores Ltd* vs *Miles Far Eastern Corporation* (1955) 2 Q.B. 327 (C.A.).

einer nachfolgenden Entscheidung[711] bestätigt. Somit gilt, dass der Absender eines Angebots beim Telefax nicht nur das Übermittlungsrisiko trägt, sondern auch den Versand wiederholen muss, wenn eine äußere Störung den Zugang verhindert hat[712].

Aufgrund der strikten Anwendung der mailbox-rule wird auch beim Telefax erneut die ungleiche Risikoverteilung zwischen dem Offerenten und dem Annehmenden ersichtlich. Der Ort des Vertragsschlusses liegt dort, wo die Annahmeerklärung per Telefon, Telex oder Telefax abgesandt wurde[713]. Der Initiator des Rechtsgeschäfts trägt somit immer die Transportrisiken, unabhängig davon, ob eine Willenserklärung in Form eines Angebots oder einer Annahme gefaxt wird.

Die tatsächliche Kenntnisnahme der Mitteilung dagegen ist unerheblich. Eine Faxnachricht wird an einem Werktag bis 16.00 Uhr sofort wirksam, selbst wenn sie niemand liest[714], andernfalls an dem darauf folgenden Werktag[715].

Die hier dargestellten Zugangsregeln können allerdings durch den mutmaßlichen oder ausdrücklichen Parteiwillen geändert oder abbedungen werden. So kann unter Abänderung der mailbox-rule der Zugang einer schriftlichen Mitteilung Voraussetzung für die Wirksamkeit der Willenserklärung sein[716].

IX) Beweisbarkeit des Zugangs mittels Sende- oder Empfangsbestätigungen

1) Die Beweislast in Deutschland, Österreich und England

In einem Gerichtsverfahren muss der Richter nach Klärung des Sachverhalts eine Entscheidung, meist in Form eines Urteils, treffen. Oft lassen sich aber einzelnen Gegebenheiten oder der tatsächliche Geschehensablauf nachträglich nicht mehr

---

711 *Brinkibon Ltd* vs *Stahag Stahl und Stahlhandelswarengesellschaft* (1982) 1 All E.R. 293.
712 Vgl. *Maniotis*, Rechtsfindungsmethode, ZVglRWiss 87 (1988) 317.
713 Zur Email gibt es bisher keine richterliche Entscheidung, es ist aber aufgrund der Begründung anzunehmen, dass auch Emails als instantaneous communications anzusehen sind.
714 *Tenax Steamship Co Ltd* vs *The Brimnes* (1975) 1 QB 929 at 969-970.
715 Civil Procedure Rules Part 6 Rule 6.7 (1)
716 So in *Howell Securities* vs *Hughes* (1974) 1 All E.R. 161. Zwar wurde der Brief abgesandt, aber nie ausgeliefert. Die Klage auf Vertragserfüllung wurde abgewiesen.

mit absoluter Sicherheit aufklären.

Dies ist unproblematisch, sofern beide Parteien sich über bestimmte Tatsachen oder Ereignisse einig sind. Aus prozessualer Sicht trifft den Kläger als subjektive Beweislast eine initiale Darlegungs- oder Behauptungslast über den Streitgegenstand und dessen Umstände. Sofern der Prozessgegner diese Beibringung nicht in Frage stellt, gilt die Behauptung als zugestanden[717]. Für den Richter bedeutet dies wiederum, dass er dieses unstreitige Vorbringen als richtig unterstellen und seine rechtlichen Ausführungen im Urteil darauf stützen kann.

Sofern aber die Parteivorbringen zu einer bestimmten Gegebenheit nicht übereinstimmen, muss versucht werden, die tatsächlichen Fakten der streitigen Frage zu ermitteln. Ist dies nicht (mehr) möglich, kann sich der Richter eines Urteils trotzdem nicht enthalten. Er ist verpflichtet, in seinem Urteil die Klage entweder zuzusprechen oder sie abzuweisen – wobei natürlich auch der teilweise Prozessgewinn, dem auf der anderen Seite ein teilweiser Verlust entspricht, in diese Denkkategorie fällt[718].

Aus diesem Grund kennt jede Prozessordnung die Beweislast, mag sie von der Verhandlungsmaxime oder der Untersuchungsmaxime beherrscht sein oder sich aus dem materiellen Recht oder dem Prozessrecht ergeben. Sie besagt, welche Partei eine strittige Frage vor Gericht mit Daten und Fakten (den Beweisen) zu untermauern hat (Feststellungslast) und – sofern dies nicht gelingt – wer den Prozess im Falle der Beweislosigkeit – des *non liquet* – verliert.

Im deutschen und im englischen Zivilprozessrecht gilt der Grundsatz, dass jede Partei die für sie günstigen Tatsachen behaupten und gegebenenfalls beweisen muss (*actori incumbit probatio*)[719]. Abweichend von diesem allgemeinen Grundsatz kann der Gesetzgeber die Beweislast abweichend – bis zur Beweislastumkehr – regeln[720].

---

717 Anschaulich dargestellt in §§ 266, 267, 269 der österreichischen ZPO.

718 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 247 m.w.N.

719 Allgemein zum Beweisrecht: Für Deutschland *Rosenberg*/*Schwab*, Zivilprozessrecht[15] (1993) § 118; *Habscheid*, Beweislast und Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105; *Poll*, Beweisführung und Beweislast im deutschen und im angloamerikanischen Anwaltshaftungsprozess, ZvglRWiss 94 (1995) 237. Für England: *Cross*/*Tapper*, On evidence[7] (1990); *Kessel*, Grundsätze, ZvglRWiss 92 (1993) 395.

720 Beispielsweise, wenn der Gegner der beweisbelasteten Partei eine zunächst mögliche Beweisführung schuldhaft unmöglich macht (Beweisvereitelung), ferner bei grober Verletzung der Berufspflichten, im Rahmen der Produzentenhaftung oder bei der

Für den Zugang unverkörpert übermittelter Willenserklärungen gibt es weder in Deutschland, noch in Österreich oder England allgemeine Regelungen zur Beweislast. Damit trägt die Beweislast für den Zugang diejenige Partei, die sich auf den Zugang beruft[721]. Diese Beweislastverteilung gilt auch für den Zeitpunkt des Zugangs (Rechtzeitigkeit)[722].

2) Die Beweisführung in Deutschland

Behauptet der Adressat eines Telefaxes, er habe die Mitteilung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erhalten, trägt der Versender daher nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für den Zugang der Willenserklärung[723]. Der Sendebericht ist in diesem Fall das naheliegenste Beweisangebot, das dem Versender zur Verfügung steht. Im deutschen Rechtssystem muss der Sendebericht als Beweismittel klassifiziert werden.

a) Beweisarten in Deutschland

Nach § 286 Abs. 1 ZPO hat das Gericht aufgrund der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob es eine Behauptung für wahr oder nicht wahr hält. Bei der rechtlichen Einordnung gibt es verschiedene Abstufungen:

(1) Beweis

Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter persönlich von deren Vorliegen völlig überzeugt ist[724]. Aus Sicht des Richters darf die behauptete Tatsache also nicht nur wahrscheinlich sein. Sie muss durch entsprechenden Nachweis so hinreichend belegt werden, dass er die streitige Tatsachenbehauptung für wahr erachtet. Sie muss vielmehr durch entsprechenden Nachweis so hinreichend belegt werden, dass kein vernünftiger Zweifel mehr an der behaupteten Tatsache möglich

---

Verletzung von Aufklärungs- oder Beratungspflichten, vgl. *Habscheid*, Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105 m.w.N.

721 Für Deutschland: *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 23; BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 19; BGH, Urt. v. 13.05.1987 – VIII ZR 137/86 (wobei hier offen gelassen wurde, ob es sich insoweit stets um den Erklärenden handeln muss).
Für Österreich: OGH 23.10.1996, 7 Ob 2167/96v.
Für England: *Stylo Shoes* vs *Prices Tailors Ltd* (1960) Ch 396.

722 BGH, Urt. v. 18.01.1978 – IV ZR 204/75; BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61 (NJW 1964; 1176); *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 46.

723 Vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.05.2004 – 5 W 99/04-36 (NJW 2004, 2908).

724 BGH, Beschl. v. 09.02.1998 – II ZB 15/97 (VersR 1998, 1301).

scheint[725]. Es reicht aber aus, wenn die Gewissheit des Richters einen für das „praktische Leben brauchbaren Grad" erlangt hat[726]. Soll der Beweis nur mittelbar durch tatbestandsfremde Hilfstatsachen geführt werden, die erst durch ihr Zusammenwirken mit anderen Tatsachen einen Schluss auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals rechtfertigen können (Indizien), ist deswegen zum Vollbeweis erforderlich, dass andere Schlüsse nicht ernstlich in Betracht kommen[727/728].

Allerdings dürfen auch keine überzogenen Anforderungen an die Überzeugung des Richters (Überspannung) gestellt werden. Sie hat sich an den Erfahrungen des alltäglichen Lebens zu orientieren und darf an die beweisbelastete keine unerfüllbaren Forderungen stellen[729]. Es reicht daher aus, wenn die Gewissheit des Richters ein für das praktische Leben brauchbaren Grad erlangt hat, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen[730].

(2) Anscheinsbeweis

Der Anscheinsbeweis, oder auch Prima-facie-Beweis, ist die konsequente Anwendung von Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Überzeugungsbildung im Rahmen der freien Beweiswürdigung. Es handelt sich daher nicht um ein besonderes oder gar um ein eigenständiges Beweismittel. Vielmehr ermöglicht die allgemeine Lebenserfahrung dem Richter im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO seine Überzeugungsbildung[731].

---

725 BGH, Urt. v. 17.02.1970 – III ZR 139/67 (BGHZ 53, 245); BGH, Urt. v. 06.06.1973 – IV ZR 164/71 (BGHZ 61, 165); BGH, Urt. v. 14.01.1993 – IX ZR 238/91 (NJW 1993, 935); *Prütting* in MüKo, Zivilprozessordnung[2] (2000) § 286 Rz 40.

726 BGH, Urt. v. 17.02.1970 – III ZR 139/67; *Prütting* in MüKo, ZPO § 286 Rz 32.

727 BGH, Urt. v. 17.02.1970 – III ZR 139/67; BGH, Urt. v. 14.01.1993 – IX ZR 238/91; BGH, Urt. v. 02.02.1996 – V ZR 239/94 (VersR 1996, 628; NJW 1996, 1339).

728 Sofern das Gesetz lediglich die Glaubhaftmachung verlangt (wie beispielsweise bei einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 236 Abs. 2 S. 1 ZPO), muss die Richtigkeit des Parteivorbringens nicht gewiss, sondern nur wahrscheinlich sein, vgl. BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZB 173/97 (BGHR ZPO § 236 Abs. 2 S. 1 Glaubhaftmachung 5); BGH, Urt. v. 20.03.1996 – VII ZB 7/96 (VersR 1996, 1389; NJW 1996, 1682); *Greger* in *Zöller*, § 294 Rz 1. Dementsprechend vermindern sich in solchen Fällen auch die Anforderungen an die Führung eines Indizienbeweises: Die Haupttatsache ist glaubhaft gemacht, wenn die auf die Hilfstatsachen gestützte Schlussfolgerung überwiegend wahrscheinlich erscheint, ohne dass dadurch bereits alle anderen Möglichkeiten praktisch ausgeschlossen sein müssen, BGH, Beschl. v. 09.02.1998 – II ZB 15/97.

729 BGH, Urt. v. 15.05.1998 – V ZR 216/97 (NJW 1999, 486); BGH, Urt. v. 27.05.1982 – III ZR 201/80 (NJW 1982, 2874; LM § 286 (A) ZPO Nr 41).

730 BGH, Urt. v. 16.02.1970 – III ZR 136/68 (BGHZ 53, 235; NJW 1970, 946).

731 BGH, Urt. v. 17.06.1997 – X ZR 119/94 (NJW 1998, 79); a.A. *Greger* in *Zöller*, vor § 284 Rz 29.

Entscheidend ist daher, dass die volle Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung aufgrund von Erfahrungssätzen begründen werden können[732]. Sofern ein Anscheinsbeweis zulässig ist, muss der Beweispflichtige daher nicht den vollen Beweis der jeweils behaupteten Tatsche erbringen. Ausreichend ist, wenn der Beweispflichtige „lediglich" den Tatbestand darlegt (den er gegebenenfalls beweisen muss!), der nach der Lebenserfahrung wegen seines typischen Geschehensablaufes den Schluss auf nur einen möglichen Geschehensablauf zulässt[733].

(3) Indizienbeweis

Beim Indizienbeweis wird nicht die behauptete Beweistatsache, sondern eine andere Tatsache bewiesen, aus welcher der Richter auf das Vorliegen der behaupteten Beweistatsache schließen kann[734]. Er ist also lediglich ein „mittelbarer, indirekter" Beweis und in der Regel nur von geringem Beweiswert. Hierunter fällt als Zeuge vom Hörensagen auch die Person, die sich (eventuell telefonisch) erkundigt hat, ob die Mitteilung dem Empfänger ordnungsgemäß per Telefax zugegangen ist. Der Zeuge vom Hörensagen bekundet hierbei ein Indiz, dem nicht in jedem Fall von vorneherein jede Bedeutung für die Beweiswürdigung abgesprochen werden kann, mag der Beweiswert in der Regel auch gering sein[735].

b) Das Strengbeweisverfahren in Deutschland

Im Gegensatz zum Freibeweisverfahren kann eine strittige Tatsache nach § 286 Abs. 2 ZPO auch im Rahmen des Strengbeweisverfahrens eingebracht werden. Hierzu zählen der Augenschein (§§ 371f. ZPO), Zeugen (§ 373ff. ZPO), Sachverständige (§§ 402ff. ZPO), Urkunden (§§415ff. ZPO) und die Parteivernehmung (§§ 445ff. ZPO). Um den Nachweis der unverkörperten Übermittlung einer Willenserklärung zu führen, kommen daher verschiedene Anknüpfungspunkte in Betracht: So können beispielsweise die Partei oder Zeugen zum tatsächlichen Geschehensablauf befragt werden oder Sachverständige bestellt

732 BGH, Urt. v. 17.06.1997 – X ZR 119/94.
733 BGH, Urt. v. 05.03.2002 – VI ZR 398/00 (NJW 2002, 1645); BFH, Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96; *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* Anh. zu § 286, Rz 20.
734 BGH, Beschl. v. 09.02.1998 – II ZB 15/97; *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* Einf. zu § 284, Rz 16.
735 BGH, Urt. v. 10.05.1984 – III ZR 29/83 (NJW 1984, 2039); *Greger* in *Zöller* § 373 Rz 1.

werden. Ebenso können beigebrachte Schriftstücke entweder als Urkunde oder als Beweis des Augenscheins eingebracht werden. Insbesondere bei der Übermittlung mittels Telefax, Internet oder Email ist fraglich, in welcher Form ein Ausdruck einer Übermittlungsbestätigung in einem Prozess Beweis erbringen kann.

(1) Urkundenbeweis oder Augenscheinsobjekt

In der gerichtlichen Beweisaufnahme kann ein Papieroriginal als Beweismittel nach den besonderen Regeln des Urkundsbeweises eingebracht werden. Diese binden nach § 286 Abs. 2 ZPO das Gericht, stärken die Beweissicherheit und entlasten den Beweisführer von anderweitigen Beweisrisiken[736]. Privaturkunden i.S. des § 416 ZPO sind von Privatpersonen erstellte und unterschriebene Erklärungen und erbringen den vollen Beweis für die Abgabe der in ihnen enthaltenen Erklärungen[737]. Für öffentliche Urkunden gilt nach §§ 415, 417, 418 ZPO, dass sie den vollen Beweis für den beurkundeten Vorgang, für amtliche Anordnungen Verfügungen und Entscheidungen, sowie für die in ihnen bezeugten Tatsachen begründen.

Für einen ordnungsgemäßen Antritt des Urkundsbeweises ist es nach § 420 ZPO erforderlich, dass die Urkunde dem Gericht vorgelegt wird. Gegenstand der Vorlage ist hierbei die Urschrift der Urkunde[738]. So wird bereits einer Photokopie einer Urkunde die Urkundeneigenschaft nicht zugestanden, wenn ihr der Beglaubigungsvermerk fehlt[739]. Selbst amtlich oder öffentlich beglaubigte

---

736 *Roßnagel*/*Fischer-Dieskau*/*Wilke*, Transformation von Dokumenten, CR 2005, 903.

737 Eine solche Privaturkunde besitzt daher nur formelle Beweiskraft, d.h. sie enthält lediglich vollen Beweis dafür, dass die in ihr enthaltenen Erklärungen vom Aussteller abgegeben wurden. Ob allerdings der Urkundeninhalt richtig ist, ihr also auch innere Beweiskraft zukommt, ist auf anderem Wege zu beweisen. Wird dagegen die Urheberschaft selbst bestritten, ist mangels formeller Beweiskraft hierüber im normalen Verfahren aufgrund freier richterlicher Beweiswürdigung zu entscheiden, vgl. *v. Sponeck*, Beweiswert von Computerausdrucken, CR 1991, 269. In diesem Fall sind alle bedeutsamen Umstände des Einzelfalls mit einzubeziehen. Soweit es für die Beurteilung der Urheberschaft entscheidend auf das Schriftbild ankommt, wird eine sachverständige Begutachtung geboten sein, weil dem Gericht in aller Regel die eigene Sachkunde hierfür fehlen wird, BGH, Urt. v. 24.07.2001 – VIII ZR 58/01. Andererseits wird von der Rechtsprechung bei der Bewertung von einander abweichender Unterschriften ein verhältnismäßig großzügiger Maßstab angelegt. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Unterschrift einer Person erfahrungsgemäß verschieden ausfallen könne, je nachdem ob sie unter Zeitdruck oder sonst ungünstigen Verhältnissen oder ob sie in Ruhe und Sorgfalt geleistet worden sei, vgl. BGH, Beschl. v. 13.10.1993 – IV ZB 9/93 (BGHR ZPO § 130 Nr. 6, Unterschrift 7).

738 BGH, Urt. v. 16.11.1979 – V ZR 93/77 (NJW 1980, 1047); BGH, Urt. v. 21.01.1992 – XI ZR 71/91 (NJW 1992, 829); *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* § 420 Rz 4; *Geimer* in *Zöller*, § 420 Rz 1.

739 BGH, Urt. v. 11.05.1971 – 1 StR 387/70 (NJW 1971, 1812); *Geimer* in *Zöller*, vor § 415 Rz 2; anderer Ansicht FG Berlin, Urt. v. 26.08.1976 – V 74/76 (NJW 1977, 2232). Vgl.

Abschriften können grundsätzlich nicht in den Urkundsbeweis eingebracht werden[740].

Eine elektronische Willenserklärung würde daher nach deutschem Recht im Prozess vollen Beweis gem. § 416 ZPO begründen, wenn sie eine Urkunde wäre. Urkunden definieren sich als eine Niederschrift verkörperter Gedankenerklärungen, die geeignet sind, Beweis für streitiges Parteivorbringen zu erbringen.

Ein elektronisches Dokument stellt jedoch schon deswegen keine Urkunde dar, weil es nur mit technischen Hilfsmitteln lesbar ist. Die für die Urkundseigenschaft notwendige verkörperte Form als „Niederschrift" liegt damit nicht vor[741]. Fraglich ist aber, inwieweit ein Ausdruck von auf einem EDV-Datenträger gespeicherten Daten die Urkundseigenschaft erfüllt.

Nach einer Literaturansicht ist diesen die Urkundeneigenschaft abzusprechen, da in dem Ausdruck keine originäre menschliche Gedankenäußerung, sondern nur die Tatsache der Eingabe und Programmierung von Daten bekundet werde[742]. Nach einer anderen Literaturansicht kommt es für den Urkundenbegriff allein darauf an, dass es sich um die Verkörperung eines Gedankens aufgrund bewusster menschlicher Willensäußerung handelt und der Aussteller erkennbar ist. Dies treffe auch auf Computerausdrucke zu, weshalb letztere als Beweismittel im Urkundenprozess zuzulassen seien[743]. Die für eine Gleichstellung geforderten Kriterien der Übertragbarkeit in Klarschrift und der Erkennbarkeit würden erfüllt[744]. Die aktuelle Rechtsprechung stellt schließlich auf die fehlende

---

auch *Bohatiuk*, Beweiswert gespeicherter Informationen, CR 1989, 535, der darauf verweist, dass es in der Gerichtspraxis im Urkundsprozess üblich ist, bei Urkunden den Beweis zunächst nur durch die Vorlage von Wiedergaben anzutreten. Dies ist – auch aufgrund der Dispositionsmaxime – auch genügend, sofern die Gegenpartei die Echtheit der Urkunde und die Übereinstimmung der Abschrift mit der Urschrift nicht bestreitet.

740 Hiervon sind öffentliche Urkunden zu unterscheiden, die nach § 435 ZPO auch in beglaubigter Abschrift eingebracht werden können. Die §§ 415, 417 und 418 ZPO sind somit auch auf beglaubigte transformierte Dokumente anwendbar, wenn das Gericht nicht die Echtheit des Zieldokuments bezweifelt.

741 *Musielak*/*Huber*, ZPO[4] (2005), § 415 Rz 5 m.w.N.

742 Vgl. *Baltzer*, Elektronische Datenverarbeitung in der kaufmännischen Buchführung und Prozessrecht in: FS-*Bruns* (1980) 80; *Geimer* in *Zöller*, vor § 415 Rz 3; *Clemens*, Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren, NJW 1985, 2005; *Auerbach*, Bestellvorgänge mittels Bildschirmtext, CR 1988, 18 m.w.N.

743 *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* vor § 415 Rz 1, *Mottl* in *Gruber*/*Mader*, Internet und E-Commerce (2000) 25; *Reichold* in *Thomas*/*Putzo*, Vorbemerkung zu § 415 Rz 1.

744 *Jöstlein*, Technische Aufzeichnungen als Beweismittel im Zivilprozess, DRiZ 1973, 412.

eigenhändige Unterschrift ab. Eine solche wird zwar in § 426 ZPO nicht ausdrücklich gefordert, wenn sich die Urheberschaft der Urkunde aus anderen Merkmalen herleiten lässt. Trotzdem kann in Deutschland ein sicherer Urkundsprozess mit ausgedruckten Inhalten von EDV-Datenträgern nicht geführt werden.

Interessanterweise kommt die Rechtsprechung damit zu dem Ergebnis, dass eine elektronische Willenserklärung zwar einerseits den Anforderungen der Verkörperung gerecht wird, wenn sie beim Empfänger ausgedruckt, also perpetuiert wird. Sie kann andererseits jedoch keine reale Unterschrift des Erstellers tragen. An dieser Stelle kann jedoch der Meinungsstand offen gelassen werden, da ein ausgedruckter Ok-Vermerk eines Telefax-Geräts bzw. eine Sende- bzw. Lesebestätigung einer Email niemals eine „Gedankenerklärung" darstellen. Auch die zweite Literaturansicht erkennt an, dass es sich bei rein technischen Aufzeichnungen wie z.B. zur Produktionssteuerung oder –überwachung, bzw. Laboraufzeichnung zur Qualitätskontrolle etc. mangels eigener Gedankenäußerung nicht um Urkunden im Rechtssinne handelt. Als solche sind aber Bestätigungsvermerke einzuordnen, da sie lediglich das Ergebnis der Übertragung und damit den Status eines technischen Prozessvorgangs protokollieren.

Solche computergenerierten Bestätigungen werden daher nach § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO als Gegenstand des Augenscheins eingeführt[745]. Ihr Beweiswert ist daher nach § 286 Abs. 1 ZPO durch freie Beweiswürdigung des Gerichts zu ermitteln[746]. Gleiches gilt für gescannte Dokumente[747]. Zu beachten ist aber, dass diese Einordnung indes nur die Kategorie der Beweismittel betrifft, nicht den

---

745 Vgl. nur ***Stempfle*** in ***Bräutigam/Leopold***, Online Handel (2003) Bd III Rz 223, ***Ernst***, Beweisprobleme bei E-Mail und anderen Online-Willenserklärungen, MDR 2003, 1091.

746 Vgl. nur ***Roßnagel/Fischer-Dieskau***, Elektronische Dokumente als Beweismittel, NJW 2006, 806.

747 Zwar könnte gemäß § 427 ZPO ausnahmsweise auch eine Abschrift in den Prozess eingebracht werden. Grundsätzlich erfüllt auch ein gescanntes Dokument die Form der Abschrift, da für letztere unerheblich ist, wie sie zustande gekommen ist (vgl. ***Winkler***, BeurkG[15] (2003) § 42 Rz 6). Voraussetzung hierfür wäre aber, dass der Beweisgegner das Original in seinem Besitz hat und der Beweisführer gemäß § 422 oder § 423 ZPO die Herausgabe oder Vorlage der Urkunde verlangen kann. Diese Fallgestaltung ist aber nicht anzunehmen, wenn der Beweisführer sich auf die elektronisch gescannten Dokumente verlassen und im Zuge dessen die Originalurkunde selbst vernichtet hat, siehe ***Roßnagel/Wilke***, Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente, NJW 2006, 2145 m.w.N.

Beweiswert als solches[748].

(2) Beweiskraft elektronischer Dokumente

Eine Ausnahme besteht lediglich nach § 371a Abs. 1 ZPO für qualifiziert signierte, private elektronische Dokumente.

Die qualifizierte Signatur ist ein Verschlüsselungsverfahren, wodurch Manipulationen praktisch ausgeschlossen werden können. Mit Hilfe dieser Technik werden Daten durch einen so genannten privaten Schlüssel chiffriert. Zur Entschlüsselung der verschickten Daten ist ein öffentlicher Schlüssel notwendig, der entweder mitgeschickt oder im Internet zur Verfügung gestellt werden kann. Stammen die Daten nicht vom wahren Verfasser oder wurden sie im Zug des Verschickens geändert, so passt der öffentliche Schlüssel nicht (mehr). Das Signaturgesetz schützt damit die Authentizität und die Integrität (Unverfälschtheit) elektronischer Daten[749]. Nach der Neufassung des § 15 Abs. 3 BNotO durch das Justizkommunikationsgesetz vom 1.4.2005 sind alle Notarinnen und Notare verpflichtet, ab dem 1.4.2006 die technischen Einrichtungen für elektronische Signaturen vorzuhalten. Des Weiteren wurde ab dem 01. Januar 2007 der Informationsaustausch zwischen den Handelsregistern auf den elektronischen Rechtsverkehr umgestellt.

Zwar unterliegen signierte Dokumente ebenso wie unsignierte ausschließlich dem Augenscheins- und Sachverständigenbeweis. Auch gilt mangels Form – im Gegensatz zur eigenhändigen Unterschrift – weder die besondere Beweisregel des § 416 ZPO, noch die Beweisvermutung des § 440 Abs. 2 ZPO. Allerdings können zumindest fortgeschrittene Signaturen den Beweiswert faktisch erhöhen, da sie den Nachweis ermöglichen, dass bestimmte Einwände gegen die Echtheit des Dokuments nicht zutreffen[750].

Nach § 371a Abs. 2 S. 2 ZPO gilt für ein öffentliches elektronisches Dokument mit einer qualifizierten Signatur die gesetzliche Vermutung der Echtheit nach § 437 Abs. 1 ZPO (Anscheinsbeweis), sofern sich das Dokument nach Form und Inhalt als öffentliches Dokument darstellt. Sofern diese beiden Voraussetzungen

748 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.
749 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 88.
750 Allgemein *Roßnagel* in *Roßnagel*, Recht der Multimedia-Dienste, Losebl., 5. Erg.-Lfg (Stand: 2004), Einl. ins SigG Rz 7; zu fortgeschrittenen Signaturen *Roßnagel*, Die

erfüllt sind, geht die gesetzliche Vermutung bei öffentlichen Dokumenten weiter als bei privat signierten Dokumenten. Erstere begründet eine gesetzliche Vermutung, die nach § 292 ZPO nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann. Die unterschiedliche Behandlung zwischen Privaturkunde und öffentlicher Urkunde rechtfertigt sich daraus, dass dem Bürger im Falle der öffentlichen Urkunde diese in Form einer Abschrift zugestellt wird und die Urschrift in amtlicher Verwahrung bleibt. Somit kann die Übereinstimmung von Urschrift und Abschrift leicht festgestellt werden[751]. Diese Übereinstimmung begründet wiederum die Vermutung, dass die Fälschungswahrscheinlichkeit gering ist[752].

Beweiserleichterungen in Form eines Anscheins oder einer Vermutung sind jedoch erst dann gerechtfertigt, wenn die Sicherheit des Signaturverfahrens gewährleistet und überprüft wurde. Beweiserleichterungen sieht § 371a ZPO daher nicht bei einfachen oder fortgeschrittenen Signaturen, sondern nur bei qualifizierten Signaturen nach § 2 Nr 3 SigG vor – und zwar unterschiedlich für private und öffentliche Dokumente[753]. Im Regelfall genügt für die Erzeugung eine erfolgreiche technische Prüfung der Signatur mit einer nach § 17 Abs. 2 SigG und § 15 Abs. 2 SigV geprüften Software[754].

Bei der Verwendung akkreditierter Signaturen kommt der beweispflichtigen Partei die Vermutung des § 15 Abs. 1 S. 4 SigG zugute. Zwar kann auch dieser Anschein widerlegt werden, doch reicht hierfür nicht ein schlichtes Bestreiten der technisch-organisatorischen Sicherheit. Es bedarf vielmehr eines Tatsachenvortrags, der ernstliche Zweifel an ihr begründet. Ist der Anschein oder die Vermutung begründet und vom Beweisgegner nicht erschüttert oder nicht durch Beweis des Gegenteils widerlegt worden, ist von der Echtheit der Erklärung auszugehen. Die Beweiswirkung entspricht denen echter Urkunden: Auf sie finden die Vorschriften über die Beweiskraft privater und öffentlicher Urkunden

---

fortgeschrittene elektronische Signatur, MMR 2003, 164.

751 BGH, Urt. v. 16.11.1979 – V ZR 93/77; *Geimer* in *Zöller*, § 435 Rz 2.

752 *Geiger* in *Eyermann*, VwGO[10] (1998), § 98 Rndr. 29; *Rudisile* in *Schoch*/*Schmidt-Aßmann*/*Pietzner*, VwGO, Losebl. 11. Erg.-Lfg (Stand: 7/2005), § 98 Rz 230.

753 Diese Vorschrift wurde durch das Justizkommunikationsgesetz im April 2005 neu eingeführt und ersetzt bzw. erweitert die bereits 2001 eingeführte Regelung, siehe *Rossnagel*/*Fischer-Dieskau*, Elektronische Dokumente, NJW 2006, 806, m.w.N.

754 *Schemmann*, Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in § 371a Abs. 1 Satz 2 ZPO, ZZP 118 (2005), 161.

entsprechende Anwendung[755].

Unter diesen Voraussetzungen kann der Beweis durch Augenschein zusammen mit der Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO sogar einen höheren Beweiswert als der gewöhnlichen Urkunde zukommen.

3) Die Beweisführung in Österreich

Für die Bereiche der Beweisführung, der Beweisarten und der Beweisarten kann weitestgehend auf die Ausführungen zum deutschen Zivilprozessrecht verwiesen werden.

Ebenso wie in Deutschland sind im ersten Abschnitt des zweiten Teils der österreichischen Zivilprozessordnung als Beweismittel der Urkundenbeweis, der Zeugenbeweis, der Beweis durch Sachverständige, durch Augenschein, sowie durch Parteivernehmung vorgesehen. In § 272 ZPO ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung geregelt, nach dem sich auch die Beweiskraft von Urkunden bemisst, vgl. § 296 ZPO. Der Urkundenbeweis wird nach § 297 ZPO durch deren Vorlage angetreten, wobei das Gericht durch die Parteien auf die einschlägigen Stellen in den Urkunden hinzuweisen hat. Allerdings ist im Hinblick auf § 294 ZPO auch in Österreich die Ansicht, dass ein Urkundsprozess nicht mit einem Ausdruck elektronisch gespeicherter Daten geführt werden kann, vorherrschend. Daher können elektronische Ausdrucke wie automatisch generierte Sendebestätigungen eines Email-Programms oder Telefaxgeräts auch in Österreich nur als Objekte des Augenscheins in den Prozess eingebracht werden.

Etwas anderes gilt jedoch auch in Österreich für qualifiziert signierte elektronische Dokumente. Ein Jahr vor Deutschland und damit als erster Mitgliedstaat der Europäischen Union überhaupt setzte Österreich mit dem Signaturgesetz[756] die europäische Richtlinie 1999/93/EG für gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen um. Danach erfüllt gemäß § 4 Abs. 1 SigG die sichere elektronische Signatur grundsätzlich das rechtliche Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift iSd. § 866 ABGB, sofern durch Gesetz oder Parteivereinbarung nichts anderes bestimmt ist. Sie entfaltet jedoch gemäß § 4 Abs. 2 SigG nicht die Rechtswirkungen der Schriftlichkeit iSd. § 886

---

755 *Rossnagel*/*Fischer-Dieskau*, Elektronische Dokumente, NJW 2006, 806.
756 Signaturgesetz, SiG BGBl I 1999/190 idF 2001/152.

ABGB bei Rechtsgeschäften des Familien- und Erbrechts, einer Bürgschaftserklärung oder anderen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften, die zu ihrer Wirksamkeit einer öffentlichen Beglaubigung, einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung oder eines Notariatsakts bedürfen[757].

4) Die Beweisführung in England

Während bei uns „freie Beweiswürdigung" gilt, also der Richter sich bei der Bewertung des erhobenen Beweises nicht durch Rechtssätze geführt, sondern auf die allgemeinen Grundsätze der Logik verweisen sieht, gilt in England eine gesetzliche Beweistheorie, der *law of evidence*[758].

Das Beweisrecht (*evidence*) unterscheidet nicht zwischen Voll-, Anscheins- oder Indizbeweis. Ebenso entspricht der Terminus „Beweis" im englischen Recht nicht der deutschen Begrifflichkeit, da das Beweismittel nach englischem Verständnis eine Behauptung oder Tatsache glaubhaft macht oder den Nachweis für den Parteivortrag erbringt. Hierbei gilt die *best-evidence*-Regel, wonach Beweise nur mündlich (*oral*), urkundlich (*documentary*) oder als Augenscheinsbeweis (*real evidence*) erbracht werden. Nur unmittelbare Beweismittel (*primary evidence*) werden akzeptiert, mittelbare Beweismittel wie der Zeuge vom Hörensagen (*hearsay evidence*) entsprechen nicht der best-evidence Regel und werden daher grundsätzlich als untauglich angesehen[759]. Im Rahmen der zur Verfügung stehenden Beweisarten ist der Zeugenbeweis besonders zu erwähnen, da in der Hauptverhandlung mit diesem Beweis zu praktisch allen noch nicht im pre-trial geklärten Tatsachen angetreten wird. Der Zeuge wird anhand der im Vorverfahren eingereichten Fragen im Kreuzverhör vernommen und beantwortet alle Fragen unter Eid bzw. der nachdrücklichen Versicherung, nur wahrheitsgemäß auszusagen. Während in der deutschen Rechtsordnung die Beweislast vom Beweismaß unterschieden wird[760], ist das Beweisrecht in England ist unter dem Oberbegriff *burden of proof* geregelt. Dieser untergliedert sich wiederum zwischen dem *persuasive burden* und dem *evidential burden*[761].

---

757 *Holzhammer*/*Roth*, BGB 88.
758 *Radbruch*, Geist 36.
759 *Graf v. Bernstorff*, Einführung 169. Hiervon wurde allerdings Ausnahmen vor den County Courts geschaffen, vgl. County Court (Amendment No 3 – im Anhang B) Rules 1996 s.15.
760 Dazu rechtsvergleichend *Habscheid*, Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105 m.w.N.
761 *Phipson*, On Evidence[14] (1990) §§ 4-02.

a) Persuasive burden of proof

Der *burden of persuasion* oder *legal burden* regelt, wer bei Beweislosigkeit (*non liquet*) den Prozess verliert[762]. Er ist damit *grosso modo* vergleichbar mit der Behauptungs- und Feststellungslast im kontinentaleuropäischen Recht. Wer die Beweislast in diesem Sinne trägt, regelt sich nach *Phipson* wie folgt: „*The burden of proof rest upon the party, whether plaintiff or defendant, who substantially asserts the affirmative of the issue. The incidence of the burden of proof … is fixed either by the substantive law or on the pleadings. It may also be decided by the terms of a contract*"[763].

Die mit dem *legal burden* belastete Partei hat dann erfolgreich Beweis geführt, wenn der Richter von der Richtigkeit und Wahrhaftigkeit der behaupteten Tatsache überzeugt ist. Bei der Überzeugungsgewinnung folgt der Richter allerdings einer Gesamtbetrachtung, der durch *evidential burden of proof* und dem zivilrechtlichen *standard of proof* konkretisiert wird.

b) Evidential burden of proof

Der *evidentiary burden* oder *burden of leading (adducing) evidence* ist eine Verpflichtung der Parteien, die über den Prozessverlauf wechseln kann (*shifting*) und ist im Lichte der allgemeinen Anforderungen an das Beweismaß zu sehen. Während im Strafprozess eine Überzeugung des Richters „*beyond a reasonable doubt*" (BARD) verlangt wird, reicht im Zivilprozess für alle Aspekte[764] ein geringerer *standard of proof* zur Beweiserbringung; die „*preponderance of the evidence*". „*The standard of proof required in civil cases is generally expressed as proof on the balance of probabilities*[765]*. If the evidence is such that the tribunal can say »we think it more probable than not«, the burden of proof is discharged, but if the probabilities are equal, it is not*"[766]. Der Beweis ist somit dann erbracht, wenn aus Sicht des Richters die Behauptung wahrscheinlicher der Wirklichkeit entspricht als umgekehrt[767]. Ausgehend von der Feststellungslast des *persuasive*

---

762 *Brown* vs *Rolls-Royce Ltd* (1960) 1 WLR 210, 215, HL; s.a. *Phipson* §§ 4-04.
763 *Phipson* §§ 4-04.
764 *First Indian Cavalry Club* vs *HM Customs & Excise* (1998) SC 126; *Mullan* vs *Anderson* (1993) SLT 835.
765 *Newis* vs *Lark* (1571) Plowd. 403, 412; *Cooper* vs *Slade* (1858) 6. L. Cas. 746, 742; *Bonnington Castings Ltd* vs *Wardlaw* (1956) A.C. 613, 620 (HL).
766 Lord *Per Denning J.* in *Miller* vs *Minister of Pensions* (1947) 4 All E.R. 372, 373-374.
767 *Lord Denning* beschrieb diese in Miller v. Minister of Pension (1947) 2 All E.R. 372, als „more probable than not".

burden, die niemals wechselt[768], muss die beweisbelastete Partei zur strittigen Tatsache vortragen (*pleading*) und Beweis antreten (*evidence*). Erscheint die Behauptung schlüssig, wechselt die Beweisführungslast und die gegnerische Partei muss nun den Richter „umstimmen". In einer Verhandlung kann diese Verpflichtung mehrmals wechseln, je nachdem, welche Partei zuvor mit größerer Wahrscheinlichkeit vorgetragen und „bewiesen" hat[769].

Die Summe aller Erkenntnisse aus Parteivortrag, Indizien, prima-facie[770], Einzelfallwürdigung etc. werden anhand deren Stichhaltigkeit und Wahrscheinlichkeit gewichtet und zueinander ins Verhältnis gesetzt (*balance of probabilities*). Die Überzeugung des Richters im Zivilverfahren bedeutet somit eine weit unter der im kontinentaleuropäischen Recht geforderten „an Sicherheit zu grenzenden Wahrscheinlichkeit", ja sogar nicht einmal den Anforderungen des kontinentaleuropäischen Rechts an den Anscheinsbeweis. Vielmehr handelt es sich um einen nicht besonders hohen Grad an Wahrscheinlichkeit; noch dazu, da diese Wahrscheinlichkeit „*may vary from case to case*" [771]. Da zur Überzeugung des Richters eine Wahrscheinlichkeit von zumindest 51% genügt, dass diese eher für eine Behauptung spricht als gegen sie[772]. Ist diese Grenze nicht erreicht oder liegt ein Patt vor, so verliert die Partei den Prozess, die originär den *legal burden* trägt. Dies gilt jedenfalls dort, wo nicht eine höhere *probability* gesetzlich oder richterrechtlich vorgesehen ist[773].

5) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Beweisaufnahme in Deutschland und Österreich dem Richter schnell und effektiv ein Gesamtbild vermittelt, da die Beweisaufnahme selbst in einem zusammenhängenden Vorgang

---

768 *Graf v. Bernstorff*, Einführung 169.

769 *Poll*, Beweisführung, ZvglRWiss 94 237; *Phipson* §§ 4-07: The party who has not discharged it (the shifted burden of proof) verliert den Prozess; ebenso *Habscheid*, Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105.

770 Auch im Bereich der Kausalität kann dem Anscheinsbeweis dieselbe Bedeutung hinsichtlich der Vermutung zukommen wie in Deutschland.

771 *Habscheid*, Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105.

772 *Bonnington Castings Ltd* vs *Wardlaw* (1956) A.C. 613, 620; *Phipson* § 4-35. Siehe hierzu im Einzelnen *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht (1983) Rz 358 m.w.N., der sich auch mit der Frage beschäftigt, ob eine mehr als 50 %ige Wahrscheinlichkeit genügt oder ob „noch etwas" hinzukommen muss. Immerhin ist anzumerken, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit selbst für die Ehelichkeitsanfechtung genügt, vgl. Sect. 26 des Family Reform Acts aus dem Jahre 1969.

773 *Habscheid*, Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105.

stattfindet und hierbei alle Beteiligten unter seiner Leitung gemäß § 138 dZPO und § 178 öZPO ohne Rücksicht auf die Beweislast zu einem wahrheitsgemäßen und umfassenden Tatsachenvortrag verpflichtet sind. Das *Shiften* der Beweisaufnahme im englischen Prozess führt zu einem hin und her des Prozessablaufs, eben weil zunächst der Beweisblock der ersten Partei behandelt wird, die den *persuasive burden* inne hat, dann der des Prozessgegners, dann wieder derjenige der ersten Partei usw. Gewiss kann das Ergebnis im angelsächsischen Prozess durch die *cross-examination* und die wiederholte Vernehmung eines Zeugen erreicht werden. Im Ergebnis wird allerdings die kontinentaleuropäische Lösung zu einem schnelleren und effektiveren Verfahren führen, wobei effektiv auch in dem Sinne zu verstehen ist, dass eine möglichst gerechte Entscheidung gewährleistet ist. Andererseits ist das Zusammenwirken des *persuasive burdens* und des *evidential burdens* als eine probate Methode zu sehen, zunächst die relevanten und beweiserheblichen Tatsachen und Beweise zu ermitteln. Theoretisch müsste das Ergebnis zwar auch durch die Relationstechnik der deutschen und österreichischen Richter erreicht werden. In der alltäglichen gerichtlichen Praxis besteht allerdings durch zunehmenden Zeit- und Leistungsdruck die Gefahr, dass beweiserhebliche Tatsachen zwar behauptet und als Beweis angeboten, allerdings infolge mangelnder Sachverhaltsdurchdringung des prozessleitenden Richters als nicht erheblich betrachtet werden. Der englische Richter kann dieses *fact-finding* mit einer persönlichen antizipierten Würdigung von Tatsachen und Beweismitteln verknüpfen und die *examination* beenden, wenn er sich seine Meinung gebildet hat. Ein *Shiften* auf die andere Prozesspartei findet nur statt, wenn das Gericht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Sachdarstellung annimmt, wobei hierin wiederum eine Beweiswürdigung liegt, die aber nicht die letzte sein muss, wenn der *evidential burden* erneut wechselt[774].

X) Beweiskraft maschinell erzeugter Bestätigungen

1) Die Beweiskraft in Deutschland

Allgemein gilt, dass der Zugang eines Briefs unmittelbar durch die Versandart

774 Vgl. *Habscheid*, Beweismaß, in: FS-*Baumgärtel* 105.

Einschreiben mit Rückschein nachgewiesen wird[775]. Der Aussagewert von Sendebestätigungen wurde erstmalig beim Versand via Telegramm bzw. Telex diskutiert[776] diesbezügliche Publikationen fanden aber nur wenig Beachtung, da es sich bei diesen Kommunikationstechniken eher um Randerscheinungen handelte.

Erst mit der flächendeckenden Einführung der Telefaxtechnik gewann die Frage nach dem Beweiswert maschinell erzeugter Ok-Vermerke stark an Bedeutung. Insbesondere in den späten 80er und den 90er Jahren des letzten Jahrtausends erging über deren Aussagekraft eine Fülle divergierender Urteile[777].

Die gleichgelagerte Problematik stellt sich im Hinblick auf die Empfangs- bzw. Lesebestätigungen von Email-Programmen. Im Folgenden wird größtenteils auf den Bestätigungsvermerk beim Telefax abgestellt, da über Empfangs- bzw. Lesebestätigungen von Emails – soweit ersichtlich – bisher nicht gerichtlich befunden wurde[778]. Aufgrund der Ähnlichkeit der Kommunikationsmedien ist aber davon auszugehen, dass die deutschen Gerichte diese Fallgestaltung analog zur Telefaxrechtsprechung beurteilen würden.

Zwar kann der Beweis über den Zugang auf Indizien gestützt werden[779]. Darüber hinaus ist für das Telefax jedoch äußerst umstritten, ob einem Bestätigungsvermerk vielleicht sogar Beweiskraft zukommen soll oder die Grundsätze des Anscheinsbeweises einschlägig sind.

a) Ansichten der Rechtsprechung zur Kommunikation mit Behörden

Die Rechtsprechung unterscheidet bei der Verwendung von Telefaxgeräten zwischen der Kommunikation zwischen Behörden und im Privatrechtsverkehr.

Bei der Kommunikation mit Behörden und Gerichten wird dem Ok-Vermerk eines Telefaxgeräts ein hoher Stellenwert eingeräumt. Eine Kontrolle der

---

775 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 23.

776 Vgl. hierzu insbesondere ***Buckenberger***, Teletex – Formerfordernis, Absendung, Zugang, DB 1982 634; ***ders.***, Fernschreiben und Fernkopien, DB 1980, 289.

777 Aufgrund der Fülle zu diesem Themengebiet wird im Folgenden nur auf die wichtigsten Entscheidungen eingegangen. Ein nach Sachgebieten gegliederter Überblick ist unter www.lawyer-pietsch.de/online/telefax.htm zu finden.

778 Einzig das OLG Nürnberg befand, dass eine eidesstattliche Versicherung eines Mandaten, dieser habe einer Anwaltskanzlei einen Rechtsmittelauftrag erteilt, dann nicht zur Glaubhaftmachung genügt, wenn die Mitarbeiterin der Anwaltskanzlei ihrerseits eine eidesstattliche Versicherung abgibt, dass kein Auftrag per Email eingegangen ist, OLG Nürnberg, Beschl. v. 20.04.2006 – 5 U 456/06 (NJW 2006, 2195).

779 Für Verwaltungsakte BFH, Urt. v. 14.03.1989 – VII R 75/85; BFH, Urt. v. 15.09.1994 – XI R 31/94 (BStBl II 1995, 41); BFH, Urt. v. 12.03.2003 – X R 17/99 (BFH/NV 2003, 1031).

ordnungsgemäßen Absendung ist zwar erforderlich, was insbesondere für Berufsstände wie den Rechtsanwalt gilt[780] und vor allem dann, wenn er nicht für eine ausreichende Büroorganisation gesorgt hat[781]. Diese Pflicht kann aber delegiert werden[782]. Allenfalls wenn Übertragung unterbrochen wird, muss der Absender genauer kontrollieren, ob die Mitteilung insgesamt übertragen wurde[783].

Aus inhaltlicher Sicht reicht der bloße Sendebericht mit Empfangsnummer alleine nicht[784], ausreichend ist jedoch ein Kontrollausdruck bzw. das Sendeprotokoll des absendenden Geräts[785]. Hilfreich ist eine zusätzliche schriftliche Eingangsbestätigung[786] oder eine eidesstattliche Versicherung der mit der Übermittlung betrauten Bürokraft, sie habe sich von der Funktion und dem richtigen Empfänger überzeugt[787]. Ihre wahrheitswidrige Behauptung, weisungsgemäß gehandelt zu haben, wird aber nicht als Anwaltsverschulden gewertet[788]. Eine Leitungsstörung[789] hat der Rechtsanwalt jedenfalls seit dem Urteil des BVerfG grundsätzlich ebenso wenig zu vertreten wie einen Fehler beim Empfangsgericht[790].

b) <u>Ansichten der Rechtsprechung zur Kommunikation im Privatrechtsverkehr</u>

Für den Privatrechtsverkehr ergibt sich trotz der allgemeinen Ansicht, dass ein

---

780 BGH, Beschl. v. 02.08.2006 – XII ZB 84/06, BGH, Beschl. v. 21.07.2004 – XII ZB 27/03 (NJW 2004, 3490).

781 Dies obliegt seinem Aufgabenbereich, vgl. BGH, Beschl. v. 26.09.2006 – VII ZB 101/05.

782 BAG, Urt. v. 21.09.2000 – 2 AZR 163/00 (NJW 2001, 1596).

783 OLG Brbg, Beschl. v. 10.02.1998 – 10 UF 106/97 (MDR 1998, 932); LG Würzburg, Beschl. v. 21.08.1991 – 14 O 2300/90 (NJW-RR 1992, 702).

784 KG Berlin, Beschl. v. 14.07.2000 – 9 U 2941/00 (MDR 2000, 1343); OLG Köln, Beschl. v. 04.01.1995 – 27 W 20/94 (NJW 1995, 1228); AG Düsseldorf, Urt. v. 25.03.1998 – 22 C 20447/97 (NJW-RR 1999, 1510), OLG Bamberg, Beschl. v. 20.12.2000 – 7 U 10/00 (FamRZ 2001, 1007).

785 BVerfG, Beschl. v. 25.02.2000 – 1 BvR 1363/99 (MDR 2000, 836); BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 – BvR 436/01; BVerfG, Urt. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95; BGH, Beschl. v. 20.02.2003 – V ZB 60/02; BGH, Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00; BGH, Urt. v. 21.03.1995 – VI ZB 5/95 (VersR 1995, 933); OLG Frankfurt, Beschl. v. 05.07.1996 – 21 U 9/96 (FamRZ 1997, 1407); VGH Kassel, Beschl. v. 19.05.1992 – 13 TP 2474/91 (MDR 1993, 386).

786 BGH, Urt. v. 24.01.1996 – XII ZB 4/96 (VersR 1996, 1125).

787 BGH, Beschl. v. 17.11.1999 – IV ZB 18/99 (VersR 2000, 338).

788 BAG, Urt. v. 29.08.2001 – 4 AZR 388/00 (NJW 2002, 845).

789 BVerfG, Beschl. v. 25.02.2000 – 1 BvR 1363/99; BAG, Urt. v. 20.02.2001 – 1 AZR 322/00 (NJW 2001, 3358; DB 2001, 2253; NZA 2001, 1204; BB 2001, 2481); dies wird von Teilen der Literatur als großzügige Entscheidung zugunsten des Verwenders angesehen, vgl. *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* § 233 Rz 164.

790 BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 – 1 BvR 436/01 (keine Überspannung), BGH, Beschl. v. 19.04.1994 – VI ZB 3/94 (Papierstau) und BGH, Beschl. v. 10.11.1994 – IX ZB 67/94 (NJW-RR 1995, 443 – Fehlleitung im Empfangsgebäude); sowie BGH, Beschl. v. 20.02.2003 – V ZB 60/02 (kein Papiervorrat).

positives Sendeprotokoll für eine hohe Wahrscheinlichkeit des Zugangs spricht[791], ein mehrheitliches Bild:

Nach dem OLG Düsseldorf darf sich der Absender für wettbewerbsrechtliche Abmahnungen auf ein positives Sendeprotokoll verlassen[792]. Die ordnungsgemäße Absendung könne nicht nur durch Vorlage des Sendejournals, sondern auch durch eidesstattliche Versicherung des Bedienpersonals glaubhaft gemacht werden[793].

Auch der 23. Zivilsenat[794] des OLG München wertete im Jahr 1992 den Beweis für die Absendung eines Telefaxes als Anscheinsbeweis für dessen Zugang. Allerdings widersprach der 7. Zivilsenat desselben Gerichts dieser Auffassung keine sechs Monate später[795]. Technisch bedingte Übertragungsfehler würden unter Umständen nicht im Sendebericht protokolliert, so dass trotz einer hohen Zugangswahrscheinlichkeit die Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht anwendbar seien.

Der BGH neigte zunächst in mehreren Entscheidungen dazu, einen Anscheinsbeweis im Sendebericht zu erblicken. Dadurch werde die ordnungsgemäße Übermittlung belegt[796]. Im Jahr 1994 allerdings schloss er sich der Argumentation des 7. Zivilsenats des OLG Münchens an. Sendeprotokollen käme allenfalls eine Indizwirkung zu, solange die Verlustquote durch die Übermittlung per Telefax nicht „ins Gewicht fallend geringer sei als im

---

791 OLG München, Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92 (NJW 1993, 2448; CR 1994, 155 mit Anm. *Jaeger*)); *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 46; *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3.

792 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.09.1989 – 2 W 79/89 (GRUR 1990, 310). Ähnlich für andere Rechtsgebiete: KG Berlin, Beschl. v. 21.10.1993 – 25 W 5805/93 (WRP 1994, 39; CR 1994, 164).

793 Ebenso OLG Frankfurt, Beschl. v. 05.07.1996 – 21 U 9/96.

794 OLG München, Urt. v. 26.06.1992 – 23 U 2229/92 (NJW 1994, 527; OLGR München 1993, 34; CR 1994, 402); ebenso LG Osnabrück, Urt. v. 29.11.1993 – 2 O 331/93 (NJW-RR 1994, 1487); LG Hamburg, Beschl. v. 03.03.1994 – 302 T 18/94 (NJW-RR 1994, 1486); OLG Hamm, Urt. v. 22.03.1994 – 7 U 133/93 (NJW 1994, 3172).

795 OLG München, Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92; ebenso viele nachfolgende Entscheidungen und Literatur, z.B. BAG, Urt. v. 14.08.2002 – 5 AZR 169/01 ((BAGE 102, 171; DB 2002, 2549 m.w.N.); OLG Dresden, Urt. v. 02.12.1993 – 8 U 1043/93 (NJW-RR 1994, 1485); OLG Bamberg, Beschl. v. 15.11.2000 – 7 UF 172/00 (FamRZ 2001, 1007); LAG Düsseldorf, Urt. v. 24.02.2004 – 8 Sa 1806/03; *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 10; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 21; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 46.

796 BGH, Urt. v. 02.10.1991 – IV ZR 68/91; BGH, Beschl. v. 28.09.1989 – VII ZB 9/89 (MDR 1990, 234; NJW 1990, 187); BGH, Beschl. v. 17.11.1992 – X ZB 20/92 (MDR 1993, 387; NJW 1993, 732); BGH, Beschl. v. 24.03.1993 – XII ZB 12/93 (NJW 1993, 1655; MDR 1993, 580; CR 1993, 547); BGH, Beschl. v. 16.09.1993 – V ZB 33/93 (CR 1994, 164; NJW 1993, 3140).

Briefdienst"[797]. Zudem könne sich die Aussagekraft noch zusätzlich verringern, wenn beispielsweise die Uhrzeitangabe im Sendebericht des Sendegeräts falsch angedruckt ist, etwa wegen Vergessens der Umstellung von Sommer- auf die Winterzeit[798].

Allerdings hatte der BGH bereits in früheren Entscheidungen[799] die Auffassung vertreten, eine wirksame Ausgangskontrolle durch den Rechtsanwalt (§ 233 ZPO) umfasse auch die Prüfung des Sendeberichts. Denn der ausgedruckte Einzelnachweis belege die ordnungsgemäße Übermittlung und sei daher der alleinigen Überwachung des Sendevorgangs durch die Bürokraft überlegen[800]. Beide Entscheidungen sah der BGH aber als miteinander vereinbar an, da die (tatsächliche) Frage nach den Anforderungen der Beweisbarkeit des Zugangs von der „Rechtsfrage" im Sinne des § 132 II GVG zu unterscheiden sei.

Wiederum drei Jahre später folgte im Jahr 1998 der 15. Zivilsenat des OLG München[801] dem 23. Zivilsenat des OLG München aus dem Jahr 1994[802]. Der Beweis des ersten Anscheins sei durch den Sendebericht in Verbindung mit einer – unbestrittenen – eidesstattlichen Versicherung für die Übermittlung der Mitteilung erbracht, folglich sei diese dem Empfänger auch zugegangen. Der Einschätzung des BGH aus dem Jahre 1995 wollte sich der 15. Zivilsenat in seinen Entscheidungsgründen in Anbetracht der rasanten Entwicklung der Telekommunikation und ihrer Technik nicht mehr anschließen. Nicht zuletzt

---

797 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 13c.

798 Dies soll auch schon bei der Telekom vorgekommen sein, vgl. *Hartmann* in *Baumbach*/*Lauterbach*/*Albers*/*Hartmann* § 233 Rz 164.

799 BGH, Beschl. v. 16.09.1993 – V ZB 33/93; BGH, Beschl. v. 24.03.1993 – XII ZB 12/93; BGH, Urt. v. 02.10.l991 – IV ZR 68/91; BGH, Beschl. v. 28.09.1989 – VII ZB 9/89. Ebenso OLG München, Beschl. v. 24.06.1993 – 2 UF 889/93 (CR 1994, 164); OLG München, Beschl. v. 10.11.1992 – 12 UF 1182/92 (CR 1994, 164).

800 Ebenso OLG Frankfurt, Beschl. v. 05.07.1996 – 21 U 9/96. Anderer Ansicht LAG Hamm, Urt. v. 13.01.1993 – 14 Sa 1486/92 (NZA 1994, 335) und OLG Köln, Beschl. v. 06.06.1988 – 6 W 49/88 (NJW 1989, 594; GRUR 1988, 856), wonach sich der Rechtsanwalt durch einen Telefonanruf über den Zugang zu vergewissern habe. Nach *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985 und LG Hamburg, Beschl. v. 03.03.1994 – 302 T 18/94 würde ein Kontrollanruf den Absender aber zwingen, das Faxgeräts nur während der Dienststunden zu benutzen, was die Vorteile aber zu stark einschränken würde.

801 OLG München, Urt. v. 18.09.1998 – 21 U 3131/98 (MDR 1999, 286; CR 1999, 368); ebenso zuvor schon OLG Rostock, Urt. v. 18.01.1996 – 1 U 33/95 (CR 1996, 416); OLG München, Urt. v. 26.06.1992 – 23 U 2229/92; LG Osnabrück, Urt. v. 29.11.1993 – 2 O 331/93; LG Hamburg, Beschl. v. 03.03.1994 – 302 T 18/94; OLG Hamm, Urt. v. 22.03.1994 – 7 U 133/93.

802 OLG München, Urt. v. 26.06.1992 – 23 U 2229/92, wonach bei einem Ok-Sendebericht der Adressat substantiiert den Zugang bestreiten muss, indem er alle Umstände vorträgt, die diese Beweisführung erschüttern können.

aufgrund der hohen Übertragungssicherheit sei nach seiner Ansicht der Zugang der Daten eines Telefaxes aufgrund eines typischen Geschehensablaufes anzunehmen, wenn die Absendung feststehe und ein positives Sendeprotokoll vorgelegt werde.

Bereits zuvor und auch danach sah das BVerfG im Zusammenhang mit der Ausnutzung von Fristen in den Jahren 1996[803] und 2000[804] (in der Kommunikation mit Gerichten und Behörden) das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz für verletzt an, wenn der Absender die Transportrisiken für Netzstörungen tragen müsse. Sofern der Empfänger für Mitteilungen einen offiziellen Übermittlungsweg durch das Telefax eröffne, dürfe er die hieraus herrührenden Risiken nicht auf den Nutzer abwälzen. Auch Störungen der Übermittlungsleitungen seien diesem Kommunikationsmittel immanent, da die Leitungen des öffentlichen Telefonnetzes zwingend beim Telefaxversand genutzt werden müssten. Auch eine Leitungsstörung sei daher als ein Versagen der vom Empfänger angebotenen Zugangseinrichtung anzusehen, da Leitungen und Empfangsgerät eine Einheit bilden[805]. Der Nutzer habe mit der Wahl eines anerkannten Übermittlungsmediums, der ordnungsgemäßen Nutzung eines funktionierenden Sendegeräts, der korrekten Eingabe der Empfängernummer und dem rechtzeitigen Übermittlungsbeginn[806] das seinerseits Erforderliche getan.

Trotz den Ausführungen des BVerfG[807] und der vom OLG München einbezogenen Frage nach dem technischen Fortschritt blieben Bundesgerichtshof[808], Bundesfinanzhof[809] und Bundesarbeitsgericht[810] auch in der Folgezeit bei dieser Differenzierung.

Ungeachtet der stark unterschiedlichen Urteilsbegründung im Einzelfall ist somit

---

803 BVerfG, Urt. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95.
804 BVerfG, Beschl. v. 25.02.2000 – 1 BvR 1363/99; BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 – 1 BvR 436/01.
805 Ebenso *Schaub*, Arbeitsgerichtsverfahren[7] 336.
806 Innerhalb dessen unter normalen Umständen mit Abschluss vor Fristablauf zu rechnen ist.
807 Siehe FN 498.
808 BGH, Beschl. v. 28.02.2002 – VII ZB 28/01 (NJW-RR 2002, 999); BGH, Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00; BGH, Beschl. v. 14.01.1997 – VI ZB 24/96 (NJW 1997, 1311); BGH, Beschl. v. 23.01.1997 – VII ZB 37/96 (NJW 1997, 1311); BGH, Beschl. v. 30.10.1996 – XII ZB 140/96; BGH, Beschl. v. 23.10.1995 – II ZB 6/95 (MDR 1996, 99); BGH, Urt. v. 21.03.1995 – VI ZB 5/95.
809 BFH, Beschl. v. 31.03.1998 – I S 8/97; BFH, Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96 (zudem sei nicht erkennbar, ob beschriftete oder unbeschriftete Seiten übertragen worden seien).
810 BAG, Urt. v. 20.02.2001 – 1 AZR 322/00.

der allgemeine Tenor der deutschen Rechtsprechung für den Privatrechtsverkehr, dass der „Ok-Vermerk" im Sendebericht eines Telefaxes ohne weiteres substantiiertes Vorbringen in der Regel nicht ausreiche, um den vollen Beweis für den Zugang der Mitteilung zu erbringen[811]. Auch ein Anscheinsbeweis sei für den Zugang von Briefen[812], Telex[813], Telefax oder Email nicht anzunehmen[814]. Hauptsächlich stützen sich die Gegner eines Anscheinsbeweises (Rechtsprechung und Teile der Literatur) auf folgende Argumente:

(1) Bestätigung ist manipulierbar

Ganz allgemein wird gegen die Beweiskraft im modernen Kommunikationsverkehr die Manipulierbarkeit sowie Verfälschbarkeit angeführt[815]. Der Ok-Vermerk könne mittels Missbrauch bzw. Manipulationen unzutreffenderweise erstellt werden und sei daher ohne jeglichen Aussagewert[816].

Anders als beim Teletexdienst der Deutschen Post[817] können der Sender bei den klassischen Telefaxgeräten in der Menüführung das Datum, die Uhrzeit und die Sendenummer frei wählen. Mit der echten Adresse und der amtlichen Telefonnummer müssen diese Eingaben nichts zu tun haben. Gleiches gelte bei der Installation von Fax-PC-Karten. Auch hier wird der Anwender gefragt, unter welchem Namen und welcher Faxnummer er seine Dokumente senden möchte[818]. Es lasse sich daher mit einem Telefaxdokument nicht belegen, dass die Botschaft

---

811 VG Frankfurt, Urt. v. 27.07.2007 – 10 E 5709/06 (für Computerfax); OLG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 25.04.2007 – 6 W 10/07 (wettbewerbsrechtliches Abmahnschreiben); Sächs. LSG, Urt. v. 11.01.2006 – L 1 P 14/05 mit Verweis auf BAG vom 14.08.2002 – 5 AZR 169/01 und LG Berlin, Beschl. v. 18.05.2005, 50 T 21/05 (Willenserklärung per Telefax); BGH, Beschl. v. 23.10.1995 – II ZB 6/95; BAG, Urt. v. 14.08.2002 – 5 AZR 169/01; BFH, Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96; BFH, Urt. v. 17.12.1998 – III R 87/96; LAG Düsseldorf, Urt. v. 24.02.2004 – 8 Sa 1806/03.

812 BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61; BAG, Urt v. 14.07.1960 – 2 AZR 173/59 (NJW 1961, 2132).

813 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; BFH, Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96; BAG, Urt. v. 14.08.2002 – 5 AZR 169/01; OLG Köln, Urt. v. 31.03.1995 – 19 U 197/94 (NJW-RR 1995, 1463); aA OLG München, Urt. v. 26.06.1992 – 23 U 2229/92.

814 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; BGH, Urt. v. 23.10.1995 – II ZB 6/95; BFH 08.07.1998 – I R 17/96; LAG Düsseldorf, Urt. v. 24.02.2004 – 8 Sa 1806/03; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 19.

815 LG Darmstadt, Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92 (WM 1993, 1653; CR 1994, 155(mit Anm. *Jaeger*)).

816 AG Düsseldorf, Urt. v. 25.03.1998 – 22 C 20 447/97; LG Darmstadt, Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92; ebenso *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 46; darstellend *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

817 Vgl. *Buckenberger*, Teletex, DB 1982, 634.

818 *Wanke*/*Müller*, Vorsicht Fax! CHIP 1992, 86.

von einem bestimmten Anschluss gekommen sei (Anschlussauthentizität)[819]. Aus exakt diesem Grund eröffneten Kreditinstitute die Möglichkeit der Auftragserteilung per Telefax nur auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden und beschränken gleichzeitig Ihre Haftung in diesen Fällen auf grobe Fahrlässigkeit[820].

Aber nicht nur die „normalen" Eingaben wie Datum und Uhrzeit seien beliebig einstellbar. Auch die Empfängerkennung (Telefaxnummer des Empfängers) könne, wenn dem Absender ein zweiter Telefaxanschluss zur Verfügung steht, nach Belieben manipuliert werden[821].

Teile der Rechtsprechung übertragen diese Argumente auf alle modernen Kommunikationsmittel. Da nicht nur ein Ok-Vermerk selbst, sondern für mittels Telefax, Email oder Internet übermittelte Dokumente allzu leicht manipuliert oder verfälscht werden könnten, sei eine Unversehrtheit oder die Urheberschaft eines elektronischen Dokuments schlechthin nicht gegeben. Folglich könne der Beweis der Echtheit allein mit dem umstrittenen elektronischen Dokument nicht geführt werden, dies gelte umso mehr für Sendebestätigungen[822].

Andere Teile der Rechtsprechung lassen hingegen den Zeugenbeweis genügen. Zwar könne der Zugang eines Fernschreibens nicht dadurch erbracht werden, dass der Absender den Text des Schreibens vorlege. Die Möglichkeit einer Manipulation lasse sich aber durch die Zeugenvernehmung der Person ausräumen, die das Fernschreibgerät bedient habe[823]. Ebenso könne mit einer Zeugenaussage, die die Absendung des Schriftstücks bestätigt, eine etwaige Manipulation des Sendeberichts ausgeschlossen werden[824].

---

819 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

820 Siehe z.B. das Formular bei https://www.deka.de/download/de/de_infomaterial/sonderbedingungen.pdf.

821 LG Darmstadt, Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92.

822 LG Bonn, Urt. v. 07.08.2001 – 2 O 450/00 (CR 2002, 293 (mit Anm. *Hoeren*); AG Erfurt, Urt. v. 14.09.2001 – 28 C 2354/01 (MMR 2002, 127); LG Konstanz, Urt. v. 19.04.2002 – 2 O 141/01 A (CR 2002, 609); OLG Köln, Urt. v. 06.09.2002 – 19 U 16/02 (CR 2003, 55; K&R 2003, 83 (mit Anm. *Roßnagel*)); *Roßnagel*/*Pfitzmann*, Der Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209; a.A. *Winter*, Überlegungen zum Beschluss des AG Bonn vom 15.05.2001 – 11 C 188/02 (JurPC Web-Dok. 207/2002); *Mankowski*, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, NJW 2002, 2822; *Mankowski*, Für einen Anscheinsbeweis hinsichtlich der Identität des Erklärenden bei E-Mails, CR 2003, 44.

823 OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.06.1973 – VIII U 65/72 (NJW 1973, 1611); *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 23.

824 LAG Frankfurt, Urt. v. 10.04.2000 – 2 Sa 231/99; IHK Mittlerer Niederrhein, Telefax. Rechtsprobleme bei der Verwendung, zu finden unter: www.mittlerer-niederrhein.ihk.de.

(2) Sendebericht ist mit dem Briefverkehr vergleichbar

Selbst wenn die Behauptung der Manipulation mittels Zeugenbeweis widerlegt werden könne, beweise der Sendebericht aber nicht die Übermittlung des Telefaxes, sondern belege allenfalls dessen Versand. Daher reiche bereits ein einfaches Bestreiten des Erhalts durch den (vermeintlichen) Empfänger aus[825].

Zur Begründung ziehen die Richter häufig eine Parallele zum Briefverkehr: Für den Postversand ist unstrittig, dass der Absender die Beweislast für den Zugang trägt. Im Jahre 1964 entschied der BGH erstmalig, dass der Absender eines durch die Post übermittelten Schreibens die Beweislast des Zugangs trage[826]. Allein der Nachweis der Einlieferung bei der Post sei hierfür nicht ausreichend. Das vom Absender zu beweisende gesetzliche Erfordernis des Zugangs nach § 130 BGB würde dann praktisch durch den bloßen Nachweis der Absendung ersetzt und der Erklärungsgegner müsste diesem Anscheinsbeweis durch den in aller Regel kaum zu führenden Beweis der negativen Möglichkeit entkräften, dass ihm die Sendung nicht zugegangen sei[827]. Zwar sei es grundsätzlich nicht ausgeschlossen, einer Partei den Beweis der negativen Tatsache aufzubürden[828]. Mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der Beweisführung bei negativen Tatsachen und der damit verbundenen erforderlichen detaillierten Eingangskontrolle vermeide es das Gesetz aber in der Regel, Rechtswirkungen hiermit zu verbinden[829].

Gleiches gelte für die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Briefsendung zugegangen sei. Bei gewöhnlichen Briefen sei die Zahl der Sendungen, die erst nach längerer als üblicher Laufzeit den Empfänger erreichen, sicher nicht geringer, sondern eher größer als die Zahl der in Verlust geratenen Sendungen[830].

Wegen des Umstandes, dass die Parteien beim Telefax ebenso wie bei einfachen Briefpostsendungen keinen Einfluss auf den Transport der Nachricht haben, seien die beiden unterschiedlichen Übermittlungsmöglichkeiten rechtlich miteinander vergleichbar[831]. Da es bei einfachen Briefpostsendungen keinen Erfahrungssatz

---

825 BAG, Urt. v. 14.08.2002 – 5 AZR 169/01.
826 BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61; im folgenden BGH, Urt. v. 13.05.1987 – VIII ZR 137/86; LAG Frankfurt, Urt. v. 10.04.2000 – 2 Sa 231/99; LAG Düsseldorf, Urt. v. 24.02.2004 – 8 Sa 1806/03.
827 BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61.
828 BGH, Urt. v. 16.10.1984 – VI ZR 304/82 (NJW 1985, 264 m.w.N.).
829 BGH, Urt. v. 15.02.1955 – I ZR 108/53 (BGHZ 16, 307; NJW 1955, 585).
830 BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61.
831 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93.

gebe, dass ein abgeschickter Brief mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ankommt, könne ein solcher Erfahrungssatz auch nicht für das Telefax angenommen werden[832].

(3) Technische Störungen erschüttern inhaltliche Aussagekraft

Selbst wenn der Versand nicht bestritten werde, könne es auf dem Weg vom Sender zum Empfänger zu Störungen kommen. Unbestritten erstreckt sich die Aussagekraft des Sendeberichts nicht auf einen erfolgreichen Ausdruck beim Empfänger. Im Umkehrschluss kommt die Rechtsprechung daher zum Ergebnis, dass der Bestätigungsbericht lediglich eine erfolgreich aufgebaute Verbindung zwischen dem Sende- und dem Empfangsgerät anzeige. Eine – anschließende – fehlgeschlagene oder eine fehlerhafte Übermittlung könne durch den Ok-Vermerk jedoch nicht ausgeschlossen werden[833]. Konsequenterweise könne er auch keinen Beweis dafür erbringen, dass der Inhalt des Telefaxes ordnungsgemäß übermittelt worden sei[834]. Die Datenübertragung könne an Leitungsstörungen oder –verzerrungen, die zum Abbruch der Verbindung führen, gescheitert sein, ohne dass die Unterbrechung oder missglückte Datenübermittlung im Sendebericht ausgewiesen werde[835]. Solche Störungen der Datenübermittlung im öffentlichen Netz stellen aber typische Transportrisiken dar, die nach einhelliger Meinung in den Risikobereich des Absenders fallen (vgl. § 120 BGB)[836].

---

832 So zuletzt LG Berlin, Beschl. v. 18.05.2005 – 50 T 21/05 mit der Begründung, dass dem erkennenden Gericht aus eigener Wahrnehmung bekannt sei, dass beim Versand von Telefaxsendungen immer wieder Störungen auftreten können, deren Ursache zunächst nicht ersichtlich sei. Aus diesem Grunde sei nicht feststellbar, dass der Telefaxverkehr zuverlässiger wäre als der normale Briefpostversand, der ebenfalls eine verschwindend geringe Verlustquote aufweise. Für die Post bestehe jedoch eine Zugangsvermutung auch bei bewiesener Absendung unbestritten nicht. Eine andere Wertung könne sich nicht aus einem vom Absendegerät erzeugten OK-Vermerk ergeben, da bereits nicht einmal erkennbar sei, aufgrund welcher technischen Signale im konkreten Fall das Absendegerät den Vermerk erzeugt habe. Zudem widerspreche es auch allen Grundsätzen der Beweisverteilung, dem Empfänger einer Telefaxsendung eine Büroorganisation anzusinnen, die es ihm ermögliche, im Streitfall einen Anscheinsbeweis zu entkräften.

833 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; OLG München, 16.12.1992 – 7 U 5553/92; OLG Köln, Urt. v. 31.03.1995 – 19 U 197/94; *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; LAG Frankfurt, Urt. v. 10.04.2000 – 2 Sa 231/99; aA. OLG München, Urt. v. 26.06.1992 – 23 U 2229/92 und *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74; *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222).

834 Vgl. Gegenüberstellung bei: BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222).

835 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 m.w.N.; OLG Dresden, Urt. v. 02.12.1993 – 8 U 1043/93; LAG Hamm, Urt. v. 13.01.1993 – 14 Sa 1486/92.

836 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 36.

(4) Voraussetzung für den Zugang ist ein ordnungsgemäßer Ausdruck

Zudem sei der Kläger für die Tatsache beibringungspflichtig, dass ein Ok-Vermerk erst dann ausgedruckt werde, wenn die Übertragung ordnungsgemäß erfolgt sei. Ordnungsgemäß wird in diesem Zusammenhang definiert als das Gelangen in den Bereich des Empfängers, so dass dieser von dessen Inhalt Kenntnis nehmen konnte[837]. Hieraus leitet die Rechtsprechung die Notwendigkeit des Ausdrucks beim Empfänger ab, da nur so Defekte des Empfangsgeräts, wie z.B. ein Papierstau, ausgeschlossen werden könnten[838]. Auch eine zuvor erfolgte (Zwischen-) Speicherung im Telefaxgerät sei für den Zugang nicht ausreichend[839]. Da sich der Ok-Vermerk jedoch nicht auf den erfolgreichen Ausdruck erstrecke, könne damit einhergehend auch kein Zugangsnachweis erbracht werden. Selbst wenn man also das Sendeprotokoll als Nachweis für die ordnungsgemäß abgeschlossene Übermittlung der Informationen ausreichen lassen wollte, könne auch dies nicht für den Beweis des Zugangs der Erklärung genügen.

(5) Entscheidung anhand des Einzelfalls

Der Vollständigkeit halber soll erwähnt werden, dass es vereinzelt Urteile der deutschen Rechtsprechung gibt, die auf den Einzelfall abstellen wollen. Sofern durch Statusbericht des Empfangsgerätes der störungsfreie Zugang der übermittelten Daten bewiesen sei, könne nach Lage des Einzelfalls auf den ordnungsgemäßen Ausdruck geschlossen werden. Im vorliegenden Fall war in den Faxjournalen des Sende- als auch des Empfangsgeräts die Übermittlung einer zweiseitigen Telefaxmitteilung vermerkt. Das OLG Zweibrücken schloss daraus, dass durch den Sendebericht nicht nur die Herstellung einer Verbindung zwischen Absendegerät und Empfangsgerät, sondern durch den Empfangsbericht auch der störungsfreie Zugang der übermittelten Daten belegt sei. Da keine Anhaltspunkte für eine technische Störung des Empfangsgeräts vorlagen, vielmehr an demselben Tag noch eine Reihe weiterer Fax-Schreiben eingegangen waren, hielt das erkennende Gericht den ordnungsgemäßen Ausdruck der Sendung für bewiesen.

---

837 BAG, Urt. v. 14.08.2002 – 5 AZR 169/01.

838 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; BGH, Urt. v. 21.01.2004 – XII ZR 214/00 (NJW 2004, 1320); BGH, Urt. v. 03.06.1987 – IVa ZR 292/85; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 7; *Hefermehl* in *Soergel*, § 127 Rz 13c.

839 Bei einem Mangel des Empfangsgeräts, beispielsweise einer Speicherung ohne anschließenden Ausdruck, kann je nach Lage des Einzelfalls unter Umständen ein Zugang fingiert werden, vgl. *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 17, 18.

Eine anschließende Nicht-Auffindbarkeit könne dem Absender nicht zum Nachteil gereichen[840].

Insgesamt werden aber diese Entscheidungen anhand des Einzelfalls als ergebnisorientierte Billigkeitserwägung und -entscheidung angesehen und deshalb von der herrschenden Meinung abgelehnt.

c) Ansichten der Literatur

Während vereinzelt bereits Anfang der 80er Jahre aufgrund der Nutzung des Telex im Geschäftsverkehr über den Zugangsbeweis unverkörpert übermittelter Willenserklärungen nachgedacht wurde[841], widmete sich die Literatur im Gegensatz zur Rechtsprechung erst Anfang der 90er Jahre verstärkt dem Zugangsbeweis[842]. Eine Unterteilung nach dem Absender wurde in der Literatur zu keinem Zeitpunkt diskutiert. Ob der Absender daher beispielsweise ein Telefax an eine Privatperson oder an einen Empfänger der öffentlichen Hand verschickt, spielte und spielt in der juristischen Diskussion keine Rolle.

Große Teile standen einer Beweislastumkehr aufgeschlossen gegenüber[843], ehe diese Auffassung durch die einheitliche Haltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ins Hintertreffen gelangte. Ende der 90er Jahre beschränkte sich die Kommentierung in der Regel auf die Zitierung der Ansicht und Argumente der Rechtsprechung, ohne eindeutig Stellung zu beziehen[844]. Erst im neuen Jahrtausend gewann die Frage nach der Beweisbarkeit im Hinblick auf die zunehmende Verwendung von Emails im Geschäftsverkehr und die Förderung elektronischer Formen durch die Signaturrichtlinie oder E-Commerce Richtlinie wieder an Aktualität.

---

840 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 30.10.2001 – 3 W 246/01 (FGPrax 2002, 17; NJW-RR 2002, 355; MDR 2002, 354).

841 *Buckenberger*, Teletex, DB 1982, 634; *ders.*, Fernschreiben und Fernkopien, DB 1980, 289.

842 *Ebbing*, Email, CR 1996, 271; *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985; *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141; *Buckenberger*, Fernschreiben und Fernkopien, DB 1980, 289; *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985 m.w.N.

843 *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901; *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385; *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *ders.*, Telekommunikation, AcP 195, 74; *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985.

844 Vgl. nur *Liwinska*, Übersendung von Schriftsätzen per Telefax – Zulässigkeit, Beweisbarkeit und Fristprobleme, MDR 2000, 500 oder *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007.

Bereits 1980 sprach sich *Buckenberger*[845] für die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises beim Telefax aus. Entgegen der Rechtsprechung müsse nicht auf den Ausdruck abgestellt werden. Die Fehlersicherheit der Telefaxgeräte sei so groß, dass eine Übertragung ohne Fehlermeldung mit sehr großer Wahrscheinlichkeit vollständig und richtig erfolgt sei. Kleinere Fehler seien zudem unbeachtlich. Nur wenn der Sinngehalt der Nachricht nicht mehr zu verstehen sei, fehle es wegen mangelnder Kenntnisnahmemöglichkeit am Zugang.

Gleiches gelte nach *Buckenberger*[846] für die Kommunikation mittels Telex. Da sich durch den Kenntnisgebertausch die angeschlossenen Geräte identifizieren, müsse der Zugang eines Telex als bewiesen angesehen werden, wenn ein Zeuge diesen Vorgang am Anfang und am Ende einer Telexabsendung beobachte. Der Beweis der korrekten Absendung einer Telematikurkunde lasse so den Schluss eines Anscheinsbeweises zu.

Der Argumentation sowohl für das Telex, als auch für das Telefax von *Buckenberger* folgte *Tschentscher*[847] im Jahr 1991. Nach der für die Telefaxkommunikation anwendbaren eingeschränkten Vernehmungstheorie sei die Nachricht dann zugegangen, wenn die Daten mit der Übertragung zum Anschluss des Empfängers in dessen Machtbereich gelangen, so dass er bei pflichtgemäßer Wartung seines Empfangsgeräts vom Inhalt Kenntnis nehmen könne. Der Absender habe mit der korrekten Absendung das seinerseits erforderliche getan. Die korrekte Absendung könne mittels des Sendeprotokoll beweisen werden, da darin die einzelnen Sende- und Empfangsvorgänge genau festgehalten würden. Sofern dieser zudem nachweise, dass sein Telefaxgerät dauerhaft fehlerfrei arbeite und korrekt an das öffentliche Telefaxnetz angeschlossen war, sei damit der Anscheinsbeweis für den Zugang erbracht.

Zwei Jahre nach der Veröffentlichung *Tschentschers* führt *Linke*[848] für die Anerkennung des Sendeprotokolls an, dass von dem Absender – womöglich noch unter Heranziehung von Zeugen – nicht verlangt werden könne, sich beim

---

845 *Buckenberger*, Fernschreiben und Fernkopien, DB 1980, 289.
846 *Buckenberger*, Teletex, DB 1982, 634; aA aber *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3.
847 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.
848 *Linke*, Zum Zugang einer Kündigungserklärung des Arbeitgebers per Telefax bei bewusst nicht gefülltem Papierspeicher des dienstlichen Empfangsgeräts durch Arbeitnehmer, EWiR 1993, 547.

Empfänger zu vergewissern, ob eine unverkörpert übermittelte Nachricht ordnungsgemäß ausgedruckt wurde. Schließlich sei es der Empfänger, der den Verkehr mit der Einrichtung und Betreiben dieses Kommunikationsmediums eröffnet habe.

Im Jahr 1994 stimmte *Jaeger*[849] für den Fall der Übereinstimmung von Sende- und Empfangsjournalen der beiden Telefaxgeräte ebenfalls für eine Beweislastumkehr, zumindest aber für die Notwendigkeit eines substantiierten Vortrags des Empfängers. Der Empfänger müsse in diesem Fall darlegen, ob die Sendung unvollständig (verstümmelt), das Empfangsjournal selbst unvollständig oder der Absender nicht zu erkennen gewesen sei und warum er selbst nichts unternommen habe, vom Absender den Inhalt des Telefax zu erfragen. Vergleiche man das Empfangsjournal mit dem Rücksendeschein einer Einschreibesendung, könne der Empfänger natürlich einwenden, er habe einen leeren Briefumschlag erhalten. Allerdings würde eine solche Einwendung vor Gericht kaum Erfolg haben, wenn er nicht plausibel darlegen könne, warum er nichts unternommen habe, um vom Absender den Inhalt des Einschreibebriefes zu erfahren.

Ebenso möchte *Burgard*[850] einen an die ordnungsgemäße Absendung anknüpfenden Anscheinsbeweis zulassen. Zum einen sei die Übertragungssicherheit beim Telefax als sehr hoch zu bezeichnen. Zum anderen sei die Negierung der Beweislastumkehr mit dem Vergleich zu einfachen Postsendungen abzulehnen. Im Gegensatz zu letzteren, in der der Empfänger gemeinhin keine Möglichkeit habe, atypische Geschehensabläufe darzulegen und zu beweisen, könne dem Empfänger bei Telefaxsendungen durch die Aufbewahrung der Empfangsjournale und der unleserlichen Ausdrucken eine fehlerhafte Übertragung ohne weiteres darlegen. Durch die Beweislastumkehr würde auch keine besondere Missbrauchsgefahr entstehen. Vielmehr würde eine solche materiell-rechtliche Risikoverteilung zu einer zeit- und sachgerechten Durchsetzung von Ansprüchen im Prozess verhelfen.

Braun und *Fritzsche* führen gegen die Argumente der Manipulation an, dass das Gericht bei der Wahrheitsfindung verschiedene Beweismittel kombinieren könne.

---

849 OLG München, Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92 und LG Darmstadt, Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92.

850 *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222); ***ders.***, Telekommunikation, AcP 195, 74.

Würde der Absender einerseits das versandte Originalschreiben und den positiven Sendebericht vorlegen und andererseits eine eidesstattliche Versicherung abgeben, das Fax tatsächlich zu dem im Sendeprotokoll genannten Zeitpunkt abgeschickt und das Sendeprotokoll nicht manipuliert zu haben, könnte das bloße Bestreiten des Zugangs durch den Empfänger ohne Vorlage des Empfangsjournals unbeachtlich sein[851].

Auch nach *Thomas* hat der Absender zumindest aus zivilprozessrechtlicher Sicht bei Nutzung eines funktionsfähigen Sendegeräts und korrekter Eingabe der Empfängernummer das seinerseits Erforderliche getan und dürfe sich demzufolge auch auf den Sendebericht verlassen[852].

Heinrichs lässt zwar die beweisrechtliche Einordnung eines Sendeberichts offen, führt aber an, dass der Empfänger durch seine freie Willensentscheidung einen offiziellen Übermittlungsweg per Telefax eröffne. Die von ihm zur Entgegennahme von Erklärungen bereit gehaltenen Einrichtungen gehörten unstrittig zu seinem Herrschaftsbereich[853]. Auf Hindernisse in seinem Bereich könne sich der Empfänger aber nicht berufen, da er diesen durch geeignete Vorkehrungen begegnen könne und müsse. Wer auf seinen Telefaxanschluss hinweise, müsse sicherstellen, dass sein Gerät einsatzbereit ist[854].

Auch bei der Kommunikation mittels Emails billigen große Teile der Literatur bereits der Eingangsbestätigung einen echten Beweiswert zu[855], vereinzelt sogar einen ähnlich hohen Beweiswert wie dem Rückschein eines Einschreibebriefs[856]. Andere schreiben ihr immerhin den Charakter eines Indizes für den erfolgten Zugang der Email zu[857].

Anhand des Telefax wurden von den Befürwortern eines Anscheinsbeweises folgende Argumente entwickelt:

---

851 *Braun*, Bedeutung des OK-Vermerks im Sendebericht bei Übermittlung von Willenserklärungen per Telefax – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; *Fritzsche*, Zum Nachweis des Zugangs einer per Telefax abgegebenen Willenserklärung, JZ 1995, 630.

852 *Hüßtege* in *Thomas*/*Putzo*, § 233 Rz 52a.

853 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 5.

854 *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 17, 18.

855 *Gimmy* in *Kröger*/*Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht (2000) 71; *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

856 *Waltl* in *Loewenheim*/*Koch*, Praxis des Online-Rechts[2] (2005) 184.

857 *Heermann*, Vertrags- und Wettbewerbsrechtliche Probleme bei der E-Mail-Nutzung, K&R 1999, 6; *Hülbach* in *Schuster/Eckert*, Vertragshandbuch Telemedia (2001) Kap. 13 Rz 33;

(1) Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises sind erfüllt

Zwar sei der Rechtsprechung zuerkennen, dass die bloße Wahrscheinlichkeit ordnungsgemäßer Übertragung keine Beweiserleichterung begründen[858]. Nach allgemeiner Ansicht scheide ein Anscheinsbeweis[859] bereits dann aus, wenn zwei Möglichkeiten ernsthaft in Betracht zu ziehen sind, auch wenn eine der beiden Möglichkeiten wahrscheinlicher ist[860]. Andererseits begründe jedoch die weit überwiegende Wahrscheinlichkeit einen Anscheinsbeweis[861], da dieser eben nur Typizität des Geschehensablaufs, nicht aber den Ausschluss jedweden Restrisikos verlangt[862]. Hieraus folgt, dass ein extrem niedriges Restrisiko sollte den Anscheinsbeweis daher nicht ausschließen könne[863], wenn zudem dem anderen Teil die Darlegung und gegebenenfalls den Beweis der ernsthaften Möglichkeit eines von der Typik abweichenden Geschehensablaufes[864] regelmäßig möglich und zumutbar seien. Insbesondere die Möglichkeit der Erschütterung des Anscheinsbeweises habe direkte Auswirkungen auf die Akzeptanz eines Beweismittels und des damit einhergehenden Geschehensablaufs. Schließlich soll ein Anscheinsbeweis auch den Gegner des Beweisfälligen fair behandeln, indem zur Widerlegung eines Anscheinsbeweises kein voller Gegenbeweis gefordert wird, sondern nur das Behaupten (und gegebenenfalls Belegen) der ernsthaften Möglichkeit einer anderen Ursache oder Wirkung[865].

Für die Kommunikation mittels Telefax sei unstrittig, dass die Telefaxübermittlung mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit ordnungsgemäß

Janisch, Online Banking (2001) 81.

858 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; OLG München, Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92; *Fritzsche*, Zugangsnachweis, JZ 1995, 630; *Ebnet*, Die Entwicklung des Telefax-Rechts seit 1992, JZ 1996, 507.

859 Vgl. hierzu oben unter IX 2) a) (2).

860 BGH, Urt. v. 27.05.1957 – II ZR 132/56; OLG München, Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92.

861 BGH, Beschl. v. 28.02.2002 – VII ZB 28/01.

862 *Schneider*, Problemfälle aus der Prozesspraxis „Der Zugang wird bestritten", MDR 1984, 281; *Jänich*, Übermittlung empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Versicherungsvertragsrecht – Übergabe-Einschreiben contra Einwurf-Einschreiben, VersR 1999, 535.

863 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901; a.A. *Fritzsche*, Zugangsnachweis, JZ 1995, 630.

864 Zur Entkräftung des Anscheinsbeweises ist nicht der Beweis des Gegenteils, sondern nur ein substantiierter Vortrag erforderlich, der die auf dem Erfahrungssatz beruhende richterliche Überzeugung erschüttert, vgl. nur *Prütting* in MüKo, § 286 Rz 65.

865 BGH, Urt. v. 11.10.1983 – VI ZR 141/82 (VersR 1984, 44); BGH, Urt. v. 05.02.1987 – I ZR 210/84 (NJW 1987, 2876); *Hunke*, Das Einschreiben im Versicherungsrecht, VersR 2002, 660.

verlaufe. *Burgard* argumentiert hierzu neben technischen Erwägungen entwaffnend damit, dass sich diese Technik andernfalls nicht so rasant durchgesetzt hätte[866]. Da aus dieser sehr hohen Wahrscheinlichkeit auf die Typizität des Geschehensablaufes geschlossen werden könne, läge die erste Voraussetzung des Anscheinsbeweises vor. Aber auch der Empfänger sei nicht schutzlos gestellt. Diesen typischen Geschehensverlauf, dargelegt anhand des Sendeprotokolls, könne er wiederum ohne größere Schwierigkeiten entkräften. Jedes Telefaxgerät biete die Möglichkeit des Ausdrucks einer Liste mit den Daten zu den empfangenen Mitteilungen, dem so genannten Empfangsjournal. Hierin sind die Daten aller eingehenden Faxsendungen dokumentiert. Zur Entkräftung stünde dem Empfänger einerseits der Ausdruck eines Empfangsjournals zur Verfügung, andererseits könne er den Zugang auch durch die Vorlage des (unleserlichen) Ausdrucks der Nachricht entkräften. Da ein Vermerk über die Ordnungsgemäßheit des Sendeverlaufs nur dann erstellt würde, wenn maximal 5 bis 15% der Zeilen einer Seite fehlerhaft sind, müssen mindestens 85% der Mitteilung leserlich sein. Damit sei auch die Zuordnung zu einem vom Sender vorgetragenen Geschehensverlauf ohne weiteres möglich[867]. Der Empfänger muss zu seiner Sicherheit lediglich die unleserlichen Mitteilungen (auf denen zumindest Daten um und Zeit korrekt aufgedruckt sind, da diese aus den Einstellungen des eigenen Faxgeräts übernommen werden) aufbewahren.

Mithin gebe es keinen Grund, einen Anscheinsbeweis abzulehnen. Im Gegenteil – würden sich die Richter dem Anscheinsbeweis verschließen, setzten sie sich über Erfahrungswissen hinweg, was wiederum ein Verstoß gegen § 286 Abs. 1 ZPO darstellen würde. Denn ohne die „*Berücksichtigung von Erfahrungswissen ist… menschliche Tatsachenwürdigung weitgehend ausgeschlossen*" [868].

---

866 *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.

867 Darüber hinaus kann dieser Übermittlungsfehler nur bei Faxgeräten „der ersten Stunde" auftreten, die noch Thermofaxpapier benutzen. Wird durch eine elektrostatische Aufladung der ordnungsgemäße Transport des Thermopapiers auf der Walze verhindert, können im ungünstigsten Fall alle übermittelten Zeichen auf eine einzige Zeile geschrieben werden. Diese Fehlerquelle ist aber bei Faxgeräten, die nach dem heutigen Stand der Technik mit Tintenstrahl- oder Lasertechnologie drucken und damit normales Papier benutzen, ausgeschlossen.

868 *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983) 111; ebenso *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74; vgl auch BVerfG, Beschl. v. 10.03.1992 – 2 BvR 430/91 (NJW 1992, 2217).

(2) Manipulationsrisiko ist als gering anzusehen

Zwar nimmt auch die Literatur das Risiko der Manipulationsfähigkeit des Sendeprotokolls ernst und lässt aus diesem Grund zum Teil einen Anscheinsbeweis alleine durch ein Telefaxprotokoll nicht gelten[869]. Gleiches wird für Email-Sendeprotokolle vertreten[870] und abgespeicherten Daten generell entgegengehalten[871]. Dessen ungeachtet wird aber das Risiko der Manipulation als eher gering eingeschätzt.

Zwar sein ein Prozessbetrug niemals ganz auszuschließen. Dieser betreffe aber nicht nur die Sendebestätigungen, ganz allgemein könnten Unterschriften oder ganze Urkunden jederzeit gefälscht werden. Ebenso gelte für alle Beweismittel, dass sich Fälschungen durch immer leistungsfähigere Technik und einfachere Handhabung immer schwieriger erkennen ließen. Trotzdem seien (unterschriebene) Urkunden als Beweismittel vor Gericht uneingeschränkt anerkannt, wie vor allem die Möglichkeit des Urkundenprozesses zeige. Das Beweismittel und die Fälschung stünden in einem Stufenverhältnis zueinander. Die Einbringung vor Gericht seine daher getrennt von der Fälschungsmöglichkeit zu sehen.

In Bezug auf die Fälschungsmöglichkeit selbst argumentieren die beiden Meinungsrichtungen auf unterschiedlichen Ebenen: Während die „Gegner" des Sendevermerks (= hohes Fälschungsrisiko) auf die Fälschungsmöglichkeit als Handlung abstellen, verweisen die Befürworter des Sendevermerks (= geringes Fälschungsrisiko) auf die Wahrscheinlichkeit der Einbringung eines verfälschten Sendevermerks vor Gericht.

Zuerst einmal könne im üblichen Geschäftsverkehr nicht ohne Anhaltspunkte von einer (technisch möglichen) Manipulation des Sendeprotokolls ausgegangen

---

869 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141; *Schmittmann*, Zu Telefaxübermittlungen im Geschäftsverkehr und den Gefahren der Manipulation, DB 1993, 2575; *Mellulis*, Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserkärung, MDR 1994, 109; *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.

870 *Hoeren* in *Hoeren*/*Spindler*, Versicherung im Internet (2001) 58 (insbesondere die dortige FN 184); *Mottl* in *Gruber*/*Mader* 24; *Lurger*, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce unter Einschluss des Verbraucherrechts und des Kollisionsrechts, VR 2001, 14; *Schmitz* in *Schuster* Vertragshandbuch Kap. 2 Rz 187.

871 *Lurger*, Versicherung und E-Commerce VR 2001, 14.

werden[872]. Weiterhin müsste der Sendevorgang immer anhand beider Protokolle (Sende- und Empfangsprotokoll) geprüft werden.

In der Fallgestaltung, dass das Sendeprotokoll gefälscht sei[873] würde der Anscheinsbeweis durch die Vorlage des Empfangsjournals entkräftigt. Der beweispflichtige Sender müsste den Zugang anderweitig beweisen, ansonsten bliebe es beim non liquet.

In der weiteren Fallgestaltung, dass das Sendeprotokoll nicht gefälscht sei[874] bliebe es zwar im Ergebnis ebenso beim non liquet. Die beiden Protokolle stimmen nicht überein. In diesem Fall müsse man aber auch die Auffassung der Rechtsprechung einbeziehen. Anstelle der Fälschung des Empfangsjournals könne sich der Empfänger mit einem einfachen Bestreiten des Zugangs begnügen. Damit verstößt der Empfänger zwar möglicherweise gegen die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO. Dieser (schuldhafte) Verstoß ist aber nur schwer nachweisbar, so dass die drohenden Sanktionen[875] keine ausreichende Abschreckung bedeuten[876]. Gegenüber dem einfachen Bestreiten bedürfe es aber seitens des Empfängers einer viel größeren kriminellen Energie, ein Sendeprotokoll zu (ver-)fälschen, als wenn der Zugang wie nicht selten[877] bloß bestritten wird und kein Gegenbeweis angetreten werden müsse[878].

Schließlich könnten Manipulationen bzw. Fehler auch bei anderweitiger Datenübermittlung nicht ausgeschlossen werden. Beispielsweise sei auch der Postbeamte, der telefonisch einen Telegrammauftrag entgegennehme, weder gegen Täuschungen über die Identität des Gesprächspartners, noch gegen Fehler in der Verständigung mit diesem, noch gegen Versehen bei der Weiterübermittlung gefeit[879].

---

872 OLG München, Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92 und LG Darmstadt, Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92.

873 In Wirklichkeit ging keine Nachricht per Telefax zu: Sendeprotokoll weist Übermittlung mit Datum, Uhrzeit und Seitenzahl aus, Empfangsprotokoll weist keine Sendung aus.

874 In Wirklichkeit wurde tatsächlich eine Nachricht per Telefax übermittelt: Sendeprotokoll weist keine Übermittlung mit Datum, Uhrzeit und Seitenzahl aus, Empfangsprotokoll weist eine Sendung aus.

875 Schadenersatz nach § 826 BGB, jedoch nicht nach § 823 Abs. 2 BGB; Strafbarkeit des Prozessbetrugs; Anwaltliches Standesrecht; Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO.

876 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

877 vgl. *Schneider*, Problemfälle, MDR 1984, 281.

878 *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74.

879 *Wolf*, Die Verwendung eines Fernkopierers zur Dokumentenübermittlung, NJW 1989, 2592; ebenso *Buckenberger*, Die Einlegung von Rechtsmitteln mit Hilfe moderner

Selbst wenn man der Manipulationsmöglichkeit einen gewissen Einfluss auf die Zulässigkeit der Dokumentenübermittlung durch die modernen Telekommunikationsmedien zugestehen würde, ließe sich zugunsten des Telefaxgeräts anführen, dass beispielsweise im Vergleich mit zum Briefverfahren die Übermittlungswege und -zeiten wesentlich kürzer sind und der Übermittlungsvorgang bis zuletzt komplett unter der Kontrolle bleibt (z.B. durch Hinweise auf Übermittlungsfehler, die eine sofortige Wiederholung des Vorgangs ermöglichen)[880].

(3) Höhere Übertragungssicherheit im Vergleich zum Briefverkehr

Grundsätzlich trägt der Erklärende nach § 120 BGB das Risiko für Netzstörungen[881]. Während der Absender bei Briefpostsendungen die Nachricht jedoch an die Post übergebe und anschließend – sofern er diese nicht als Einschreiben schickt – keinen Einfluss mehr auf die Beförderung der Nachricht habe, bestehe bei der Übertragung via Telex oder Telefax ein direkter Übermittlungskontakt. Dieser habe gegenüber dem anonymen Brieftransport drei Vorteile:

Erstens werden durch einen Dritten verursachte Fehler oder Nachlässigkeiten beim Transport vermieden. Zweitens sei die Sendung aufgrund des direkten Übermittlungskontaktes auf dem Transportweg individualisiert. Hierdurch würde sichergestellt, dass ein Fehlschlagen des Zugangs sofort erkannt und die Übertragung wiederholt werden könne. Drittens sei auch durch die Protokollierung ist bei sachgemäßem Gebrauch die Zugangssicherheit größer und die Verlustquote geringer als beim Briefdienst. Der Versender muss also nur beweisen, dass die Nachricht über das Netz bis an den Geräteanschluss des Empfängers gelangte[882].

Bereits die normale postalische Übermittlung sei daher nicht mit der elektronischen Übermittlung und deren automatischen Sendebestätigung

---

Kommunikationswege, NJW 1983, 1475.

880 BSG, Beschl. v. 28.06.1985 – 7 BAr 36/85 (NJW 1986, 1778): Die Übermittlung per Fernkopie sei zuverlässiger als eine solche per Telegramm oder Fernschreiben, weil das Erscheinungsbild der Vorlage einschließlich der Unterschrift originalgetreu wiedergegeben und am Empfangsort festgehalten werde.

881 *Köhler*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982) 126.

882 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

vergleichbar. Durch den direkten Übermittlungskontakt lasse sich der Zugang eines Telefaxes aufgrund der automatisch erstellten Sende- und Empfangsjournale exakter und sicherer feststellen als bei den meisten anderen Kommunikationsmitteln[883]. Die elektronische Übermittlung sei daher dem postalischen Versand weit überlegen. Daher sei dem Telefaxversand infolge der höheren Übertragungssicherheit auch vor Gericht ein höherer Stellenwert einzuräumen als dem postalischen Verkehr. Für letzteren habe der BGH jedoch schon eine hohe Zuverlässigkeit angenommen[884].

Diese Argumentation werde durch den Vergleich der Telefaxbestätigung mit dem Einschreiben noch bestärkt. Für letztere ist trotz der bekannten Zustellungsrisiken[885] anerkannt, dass das Einwurfeinschreiben einen Anscheinsbeweis[886] begründet. Der besondere Wert des Einwurfeinschreibens wird damit begründet, dass es von neutraler dritter Seite erstellt wird[887]. Allerdings schließe auch das Einschreiben gemäß der obigen Aufzählung nicht die Fehlerquote durch das Postunternehmen aus. Die Sendung sei zwar auf dem Transportweg individualisiert, werde jedoch nicht einzeln im Kurierwege, sondern zusammen mit anderen Sendungen transportiert. Graduell stehe damit auch die Individualisierung des Einschreibens demjenigen des elektronischen Versands nach. Wenn aber das Einschreiben schon einen Anscheinsbeweis begründe, müsse dies aufgrund der höheren Individualisierung auch für die elektronische Sendebestätigung gelten.

---

883 *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222); *ders.*, Telekommunikation, AcP 195, 74 m.w.N.; LG Darmstadt, Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92.

884 BGH, Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61.

885 Beim Übergabeeinschreiben besteht das Risiko, dass das Einschreiben an eine nicht empfangsberechtigte Person übergeben wird. Sofern diese nach der Verkehrsauffassung nicht als ermächtigt anzusehen ist, noch im Empfangsbereich des Empfängers tätig wird schlägt der Zugang mangels Zurechnung fehl, vgl. *Nehlert*, Die Empfangsmitteilung (1941), entnommen aus *Dilcher* Willenserklärungen, AcP 154, 120. Aber auch beim Einwurfeinschreiben besteht das Risiko, dass der Briefträger das Einschreiben in den falschen Postkasten wirft (z.B. bei geläufigeren Nachnamen in einem Hochhaus) und das Schreiben somit als nicht zugegangen anzusehen ist.

886 AG Paderborn, Urt. v. 03.08.2000 – 51 C 76/00 (NJW 2000, 3722); *Dübbers*, Das neue „Einwurf Einschreiben" der Deutschen Post AG und seine juristische Einordnung, NJW 1997, 2503; *Reichert*, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2001, 2523; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 21; aA *Friedrich*, Der Beweiswert des Einwurfeinschreibens der Deutschen Post AG, VersR 2001, 1090; vgl. auch LG Potsdam, Urt. v. 27.07.2000 – 11 S 233/99 (NJW 2000, 3722).

887 *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595.

(4) Ausdruck der Mitteilung für den Zugang nicht erforderlich

Auch die auf der Ansicht der Rechtsprechung aufbauende Kritik an der Aussagekraft des Sendeberichts, wonach dieser lediglich das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die ordnungsgemäße Übertragung anzeige[888], gehe fehl. Aufgrund der rasanten Entwicklung der Telekommunikation und ihrer Technik müsse vielmehr zwischen dem Eingang der Signale und dem Ausdruck unterschieden werden. Mit der eingeschränkten Vernehmungstheorie[889] sei davon auszugehen, dass die Mitteilung bereits mit der (Zwischen-) Speicherung[890], und nicht erst mit dem Ausdruck[891] in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist[892].

Bereits mit der Speicherung im Empfangsgerät sei die Nachricht ordnungsgemäße vollständig der Risikosphäre des Empfängers übergeben und Übertragung damit abgeschlossen. Dass die Mitteilung anschließend vom Speicher auch „zu Papier" gebracht werde, liege in der Risikosphäre des Empfängers und habe keinerlei Einfluss mehr auf den Zugang der Nachricht. Sofern die Rechtsprechung die ordnungsgemäße Übertragung an den Ausdruck knüpfe, vermenge sie Zugang und Kenntnisnahmemöglichkeit. Die Ansicht, dass eine Übertragung nur dann erfolgreich sein könne, wenn das Empfangsgerät die Mitteilung ausgedruckt hat, gehe aber fehl. Der Rechtsprechung sei allenfalls zuzugestehen, dass eine Kenntnisnahme eine Visualisierung der Botschaft voraussetze, da eine gespeicherte Mitteilung als solches nicht zur Kenntnis genommen werden könne.

Die Visualisierung müsse jedoch nicht in jedem Fall auf Papier erfolgen, sondern könne auch elektronisch auf dem Bildschirm geschehen. Würde man den Ausdruck als unabdingbares Erfordernis für die Kenntnisnahme sehen, hätte der Absender nicht nur das Transportrisiko, sondern auch das Speicher- und

---

888 *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985 m.w.N.

889 BAG, Urt. v. 19.01.1999 – 9 AZR 679/97; *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 5; *Taupitz*/*Kritter*, Electronic Commerce, JuS 1999, 839; *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222); *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141. Ist die störungsfreie Zwischenspeicherung bewiesen, kann von einem ordnungsgemäßen Ausdruck ausgegangen werden, OLG Zweibrücken, Beschl. v. 30.10.2001 – 3 W 246/01.

890 Gemeint ist die Speicherung in einem Telefaxgerät, für die (Zwischen-)Speicherung auf der Festplatte eines Computers (papierloses Büro) gilt nichts anderes, vgl. *Elzer*/*Jacoby*, Durch Fax übermittelte Willenserklärungen und Prozesshandlungen, ZIP 1997, 1821.

891 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93; LAG Hamm, Urt. v. 13.01.1993 – 14 Sa 1486/92; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 20; *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 7; *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 13b.

892 Vertiefend *Elzer*/*Jacoby*, Faxübermittlung, ZIP 1997, 1821 (dort FN 20).

Abrufrisiko zu tragen. In diesem Fall würde dem Empfänger nur das Risiko der (rechtzeitigen) Kenntnisnahme verbleiben[893].

Zudem würde dies zugleich eine unterschiedliche Behandlung von Telefax und Computerfax bedeuten. Denn beim PC-Fax scheine die Nachricht zuerst auf dem Bildschirm auf und könne dann wahlweise ausgedruckt oder – ohne Ausdruck – elektronisch gespeichert werden. Im Falle der elektronischen Speicherung wäre dann der Zugang nach der Rechtsprechung niemals gegeben. Diese sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung würde allerdings gegen Art. 2 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen[894].

Zudem entspreche die Auffassung, dass Zugang und die Möglichkeit der Kenntnisnahme untrennbar miteinander verbunden seien, nicht den modernen Gegebenheiten in der Kommunikation[895]. Bereits für die Übergabe eines Briefes unter Anwesenden sein anerkannt, dass es für den Zugang nicht darauf ankomme, ob dieser die Nachricht lese oder wegwerfe. Diese Regelung für verkörperte Willenserklärungen zeige das grundsätzliche Auseinanderfallen von Zugang und Kenntnisnahme bei der Kommunikation unter Abwesenden auf: Für den erfolgreichen Zugang ist eine (zeitlich nachgelagerte) Kenntnisnahme nicht erforderlich[896]. Richtigerweise sei das Telefax also wie die Teletexnachricht bereits durch Signalzugang in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt[897]. Wenn die Nachricht durch einen Gerätefehler nicht korrekt ausgedruckt werden kann, so hat dies – wie beim postfressenden Haushund – der Empfänger zu vertreten[898].

(5) Empfangs- und Lesebestätigungen bei der Kommunikation via Email

(a) Manipulationsrisiko von Empfangs- und Lesenbestätigungen

Im Hinblick auf die Kommunikation via Email sieht die Literatur das Manipulationsrisiko als noch geringer an als bei den Telefaxjournalen. Denn im Unterschied zum Telefax oder Computerfax erfolgt die Übertragung von Emails

---

893 Ebenso *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222); *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.
894 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.
895 Siehe hierzu bereits oben unter III) 5) c).
896 vgl. nur *Larenz*/*Wolf* § 26 Rz 22; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 33.
897 *Buckenberger*, Teletex, DB 1982, 634 (dort FN 10).
898 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

nicht (allein) unter Benutzung öffentlicher Telekommunikationsnetze, sondern unter Einschaltung von Rechnernetzen[899]. Im Einzelnen sind Empfangs- und Lesebestätigungen zu unterscheiden.

Die Empfangsbestätigung ist eine Serverfunktion. Sobald die Nachricht den Server des Adressaten erreicht hat, wird eine Systemnachricht generiert und an den Absender geschickt[900]. Der Empfänger hat hierauf keinerlei Einfluss, da diese Bestätigungen automatisch vom Server des Email-Adressaten generiert werden. Da der Versand von Emails im World-Wide-Web immer Spuren hinterlässt[901], müsste der Empfänger nicht nur den Ausdruck selbst fälschen, sondern gleichzeitig die Spuren der erhaltenen Email „verwischen" oder „erzeugen". Daher würde die Manipulation der Eingangsbestätigung einen Eingriff in vorgegebene Elemente des Email-Programms bedeuten. Auf den Server hat der Erklärende in aller Regel keinen direkten Zugriff, da es sich in der Regel um einen von Dritten geführten Server mit entsprechenden Log-Files handelt, auf die primär nur die Dritten Zugriff haben[902]. Sofern Eingriffe darin überhaupt möglich wären, würden sie den technischen Horizont der meisten Teilnehmer am elektronischen Rechtsverkehr übersteigen und nur einem kleinen Kreis Qualifizierter möglich sein. Der Aufwand, sich solche Fachkenntnisse zu verschaffen, ist als so groß einzustufen, dass sich daraus eine hinreichende Abschreckungswirkung und damit ein geringes Manipulationsrisiko ergeben[903]. Vielmehr sei es der ganz typische Fall, dass der Erklärende weder hinreichende Kenntnis noch effektive Möglichkeiten zur Manipulation habe.

Im Falle der Lesebestätigungen durchläuft die Email denselben Weg wie bei der Empfangsbestätigung. Darüber hinaus wird durch den Mail Client (das jeweils benutzte Email-Programm wie MS Outlook, Lotus Notes, Netscape Messenger, Eudora) eine Lesebestätigung generiert, sobald sich der Status der Email von „ungelesen" auf „gelesen" geändert hat. Diese Veränderung wird entweder durch die Vorschau-Einstellung des Email Client automatisch herbeigeführt, oder durch

---

899 *Dästner*, Neue Formvorschriften, NJW 2001, 3469.
900 Antwort des Microsoft RMGCT vom 14.11.2007 auf eine Anfrage über den technischen Ablauf von Empfangs- und Lesebestätigungen unter Verwendung des Microsoft Programms Outlook, Anfragenummer: 1-1120968221.
901 Siehe hierzu die detaillierten Erläuterungen unten unter XI) 4).
902 *Spindler*, E-Commerce in: *Hadding/Hopt/Schimansky*, Bankrechtstag 2001, 171.
903 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

das Anklicken und Öffnen der betreffenden Email[904]. Sofern der Computer bei der Bearbeitung von Emails nicht online ist, wird die Lesebestätigung im Ausgangsordner gespeichert, bis wieder ein Netzwerkzugang vorhanden ist. Anschließend wird die Lesebestätigung automatisch an den Absender verschickt.

Nur auf die bloße Möglichkeit hin, dass jemand ausnahmsweise so qualifiziert sein könnte, die Beweisanforderungen an den Erklärenden zu steigern, hieße wegen eines seltenen Ausnahmefalls den Regelfall zu diskriminieren. Daher gilt auch für die automatisch generierten Bestätigungen von Email Clients, dass ein Anscheinsbeweis durch Eingangs- oder Lesebestätigungen zu bejahen ist. Dies umso mehr, da das Fälschungsrisiko durch die vorhandenen Log-Files noch geringer ist als bei der Kommunikation via Telefax[905].

(b) Zugang bedarf keines Ausdrucks beim Empfänger

Während bei der Kommunikation mittels Telefax der unterbliebene Ausdruck trotz der technischen Möglichkeiten immer noch als Ausnahme angesehen werden kann, ist er bei der Kommunikation via Email die Regel. Folglich gelten auch hier die beim Telefaxversand entwickelten Grundsätze zum Zugang und zur Kenntnisnahme.

Wer eine Willenserklärung abgibt, muss sie dem Empfänger nicht zur Wahrnehmung bringen, wenn er die Erklärung reproduzierbar zur Verfügung gestellt hat. Der Empfang ist für den Zugang ausreichend, wenn eine Wahrnehmung unabhängig vom eigentlichen Übermittlungsvorgang möglich ist[906]. Dies ist bei der Übersendung einer Email der Fall. Der Empfänger kann die Erklärung abrufen, wann er mag; der Empfänger kann daher den Zeitpunkt der Kenntnisnahme nicht beeinflussen. Es wäre daher eklatant interessewidrig, Willenserklärungen im Internet oder per Email erst mit der Vernehmung wirksam werden zu lassen[907].

---

904 Antwort des Microsoft RMGCT vom 14.11.2007 auf eine Anfrage über den technischen Ablauf von Empfangs- und Lesebestätigungen unter Verwendung des Microsoft Programms Outlook, Anfragenummer: 1-1120968221.

905 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901; *Spindler*, E-Commerce in: *Hadding/Hopt/Schimansky*, Bankrechtstag 2001, 171.

906 Vgl. *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.

907 *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363.

2) Die Beweiskraft in Österreich

Die österreichische Rechtsprechung steht mit der Auffassung der deutschen Gerichte im Einklang[908]. Die österreichische Literatur dagegen steht einem Anscheinsbeweis überwiegend positiv gegenüber. So wie die österreichische Rechtsprechung auf die deutschen Gerichte verweist, bezieht sich die österreichische Wissenschaft auf die Erörterungen in der deutschen Literatur.

Allerdings konzentriert sich die Diskussion zur unverkörperten Übermittlung von Willenserklärungen bisher auf die Frage, ob die Schriftform durch Telegramm, Telex, Telefax, Internet und Email eingehalten werden kann[909]. Ob und inwieweit diese Kommunikationsmedien vor Gericht Beweis erbringen können, wurde bisher kaum erörtert. Dies ist verständlich in Anbetracht der Argumentation der Rechtsprechung, wonach die neueren Kommunikationsmedien in Ermangelung einer Originalunterschrift schon nicht die gesetzliche oder vertragliche Schriftform als solches erfüllen können. Da auch die Üblichkeit iSd. § 886 S. 3 ABGB beispielsweise im Rahmen der vertraglich vereinbarten Schriftform nicht einschlägig ist, kommt für die Frage nach der Beweisbarkeit somit nur die Fallgestaltung der unverkörpert übermittelten Willenserklärung in Betracht, die keinem Formerfordernis unterliegt. Über die bereits erörterten Argumente bei der Frage nach einem Anscheinsbeweis hinaus werden in Österreich folgende Gründe für und wider einen Anscheinsbeweis angeführt.

a) Argumente gegen einen Anscheinsbeweis von Übermittlungsbestätigungen

(1) Vergleich mit der Post

Ebenso wie in Deutschland vergleicht der OGH den Versand mittels Telefax zuerst einmal mit dem postalischen Briefversand. Bei eingeschriebener Absendung wird der Zugang vermutet[910], da dies zu einer besonderen Art des Zustellvorgangs führt, die eine weit größere Gewähr für den Zugang bildet als die gewöhnliche Beförderung einer Briefsendung. In einem solchen Fall ist es Sache des Adressaten zu beweisen, dass er nicht in den Besitz der Sendung gelangt ist[911].

---

908 OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g; OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92 (Kommunikation mit Gerichten gemäß § 89 Abs. 3 GOG analog); OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95; OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93; OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96 (Telefax und Schriftform).

909 Siehe hierzu oben unter VII) 2) b) und d).

910 OGH 28.09.1989, 7 Ob 675/89 (Wbl 1990, 26); *Rummel* in *Rummel* § 862a Rz 9.

911 *Bollenberger* in *Koziol*/*Bydlinski*/*Bollenberger*, ABGB-Kommentar[2] (2007) § 862a Rz 7;

Dagegen begründet die Abgabe einer Sendung an die Post keine Wahrscheinlichkeit des Zugangs an den Adressaten in einem solchen Ausmaß, dass hiedurch eine Umkehr der Beweislast bewirkt werden müsste[912], was erst recht bei einem falsch adressierten Brief gelte[913]. Unerheblich sei auch der – gelungene – Beweis der Absendung[914]. Es bestünden keinerlei Erfahrungssätze, dass Postsendungen den Empfänger immer erreichen. Auch eine nicht erfolgte Rücksendung eines nicht eingeschriebenen Briefes ändere hieran nichts. Nicht eingeschrieben abgegebene Briefe werden, wenn überhaupt, nur dann an den Absender zurück gesendet, wenn die Adresse unrichtig bezeichnet wurde. Weiters sei auch der Transport der Briefe selbst nicht immer gewährleistet, erfahrungsgemäß kämen bei der Postzustellung immer wieder Unregelmäßigkeiten vor. Daher könne sich der Adressat auf das einfache Bestreiten des Zugangs einer derartigen Sendung beschränken[915], was trotz des Ok-Vermerks auch für den Versand einer Telefaxmitteilung gelte[916]. Damit verbleibe es auch in Österreich im Hinblick auf die Beweislast für den Zugang von Telex, Telefax, Internet und Email grundsätzlich[917] bei den allgemeinen Regeln.

(2) Risiko der unleserlichen Übertragung

Bei der Telefax-Übermittlung bestehe das Risiko in der Textentstellung ganzer Passagen bis zur Unleserlichkeit. Die Erklärung ist im betroffenen Teil wegen Unbestimmtheit des Inhalts nichtig (§ 869 ABGB), der unbedenkliche Rest kann aber wirksam sein, wenn die Gültigkeit dieses Teils nach dem hypothetischen Parteiwillen vom verdorbenen Teil unabhängig sein sollte[918].

(3) Fehler bei der Übertragung im öffentlichen Leitungsnetz

Beim Telefax beweise der „Ok-Vermerk" im Sendebericht den Zugang nicht,

---

OGH 03.11.1982, 7 Ob 675/89 (RIS-Justiz RS0014065).

912 OLG Feldkirch 06.06.2006, 3 R 138/06a (UVS aktuell-Slg 2006/158).

913 OGH 23.10.1996, 7 Ob 2167/96.

914 OGH 18.10.1983, 4 Ob 583/83.

915 OGH 21.02.1996, 7 Ob 5/96; ebenso OGH 23.11.1994, 7 Ob 38/94 m.w.N.; *Prölss*/*Martin/Knappmann* Versicherungsvertragsgesetz[27], 301 m.w.N.

916 *Borns*, Übermittlungsrisiko, RdW 1995, 131.

917 Als Ausnahme wurde beispielsweise die Kommunikation mit Versicherern gesehen: Eine Versicherungspolizze ist dem Versicherer zugegangen, wenn sie beim Versicherungsagenten eingelangt ist. Das Risiko unrichtiger Übermittlung des Antrags trägt aufgrund des vertrauenstheoretischen Sphärendenkens der Versicherer; vgl. OGH 30.03.1999, 7 Ob 270/98a (ÖJZ 1999/156 (EvBl)).

solange technisch die Möglichkeit besteht, dass die Datenübertragung dennoch wegen eines Fehlers im öffentlichen Netz missglückt ist[919].

(4) Risiko der Manipulation

Verfälschungen durch einen Dritten, der sich in die Leitung eingeschaltet hat, sind dem Absender in keinem Fall zurechenbar. Das folgt aus dem anerkannten Satz, dass der Geschäftsherr nicht einmal das Risiko der absichtlichen Entstellung durch seinen Übermittlungsboten trägt, obwohl er ihn sich selbst ausgesucht hat[920].

(5) Risiko der fehlerhaften Zurechnung

Die abgegebene Erklärung müsse dem Erklärenden zugerechnet werden können. Dafür genüge, dass der Erklärende die Abgabe fahrlässig veranlasst hat, obwohl er sie bei gewöhnlicher Sorgfalt hätte verhindern können. Wer einen unterschriebenen Geschäftsbrief auf seinem Schreibtisch liegen lässt, um sich die Sache nochmals zu überlegen, aber nichts davon sagt, hat also eine Erklärung abgegeben, wenn seine Sekretärin den Brief versehentlich gefaxt hat[921].

(6) Risiko der Fehlbedienung und technische Risiken

Es gebe sowohl ein menschliches, als auch ein technisches Fehlerrisiko. Als Bedienfehler kämen das Verwählen des Absenders (Nachrichten werden an die falsche Adresse gesandt) und die falschen Handhabung des Faxgeräts in Betracht. Der Telefax-Kopie sehe man nicht an, ob in das Sendegerät eine Originalurkunde (mit Originalunterschrift) oder eine Kopie eingelegt wurde. Daher könne man auch unerkannt eine gefälschte Urkunde unterschieben, indem man einen Text mit der von einem anderen Original abgenommenen Kopie der Unterschrift zusammenfüge. In technischer Hinsicht könne es durch Fehler beim Codieren zu Übermittlungsfehlern kommen. Angeblich sei es sogar möglich, Telefaxe durch „Anzapfen" der Telefonleitung zu verfälschen[922].

---

918 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.
919 *Borns*, Übermittlungsrisiko, RdW 1995, 131; *Rummel* in *Rummel* § 862a ABGB, Rz 9; *Bollenberger* in *Koziol*/*Bydlinski*/*Bollenberger* § 862 Rz 8; OLG Feldkirch 06.06.2006, 3 R 138/06a.
920 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.
921 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.
922 *Wilhelm*, Telefax, ecolex 1990, 208.

b) Argumente für einen Anscheinsbeweis von Übermittlungsbestätigungen

(1) Manipulationsrisiko und Ausstelleridentität

Da nach dem OGH der erste und wichtigste Zweck der Unterschrift der Ausschluss jeglichen Zweifels daran sei, dass die Erklärung wirklich von dem stammt, von dem sie zu stammen vorgibt[923], konzentrieren sich die Erwägungen der Literatur auf das Manipulationsrisiko der Erklärung (Übermittlungs- und Textsicherheit), sowie der Unterschrift (Ausstelleridentität).

Ganz allgemein sei die Übermittlungssicherheit gegeben, wenn die Übermittlungseinrichtung entweder direkt zwischen beiden Parteien selbst ohne Dazwischenschaltung fremder Übermittlungsstellen und damit ohne unkontrollierbare Manipulationsmöglichkeiten Dritter eingerichtet sei, oder wenn die Übermittlung durch ein öffentliches oder öffentlich überwachtes Übermittlungsmedium wie beispielsweise im Nachrichtennetz der Postverwaltung oder einer durch Gesetz zum Betrieb eines solchen öffentlich zugänglichen Netzes autorisierten Körperschaft erfolge. Textsicherheit sei dann gewährleistet, wenn als Ergebnis der Übermittlung dem Empfänger ein in menschlicher Sprache formulierter, in für Parteien und Gericht ohne zusätzliche Hilfe lesbaren Schriftzeichen wiedergegebener Text vorliegt, der auf Dauer den Voraussetzungen eines Schriftstückes entspreche.

Diesen Erfordernissen genügten bereits Telegramm und Fernschreiben. Per Telefax übermittelte Nachrichten entsprächen diesen Anforderungen sogar noch besser, weil hier nicht nur der Text selbst, sondern auch das genaue äußere Abbild des übermittelten Schriftstückes beim Empfänger anlange. Im Gegensatz zum Fernschreiben entfalle hier zudem die potentielle Fehlerquelle der menschlichen „Schreibtätigkeit" durch die Eingabe in den Fernschreiber. Der Wechsel von Parteierklärungen per Email entspreche der Übermittlungs- und Textsicherheit jedenfalls dann, wenn eine Direktverbindung zwischen beiden Parteien bestehe. Werden die Daten über eine Zwischenstelle vermittelt, dann ist die Übermittlungssicherheit nur gegeben, wenn diese Übermittlungsstelle auf Grund ihrer technischen Ausstattung keine willkürliche Eingabe oder Veränderung des Textes vornehmen kann (vollautomatisierte Umsetzung) oder wenn sie bei der Übermittlung in Erfüllung einer öffentlichen, durch Gesetz geregelten Aufgabe

tätig wird[924].

Ohne Detailfragen eingehend zu beleuchten, wird bezüglich der Ausstelleridentität die Kommunikation via Telex, Telefax, Internet und Email nicht als fälschungsanfälliger angesehen als andere Kommunikationswege. Denn warum sollte sich ein unberechtigter Dritter in das Vertragsverhältnis eindrängen und gefälschte geschäftliche Mitteilungen per Telefax absenden?[925].

(2) Vergleich mit der Post

In Bezug auf den Zugang wird zumindest das Telefax eher dem Einschreibebrief vergleichbar angesehen als dem einfachen Brief. Das Absendeprotokoll stelle ein dem Postaufgabeschein vergleichbares Indiz für die Absendung dar. Selbst wenn dieses weniger beweiskräftig sei als die Übermittlung eines Einschreibens durch einen neutralen Dritten, könne infolge des Sendeprotokolls auch auf die Wahrscheinlichkeit des Zugangs geschlossen werden[926].

Auch das *LG Feldkirch* hat auf Basis dieser Erwägungen einen Anscheinsbeweis zugunsten des Beweispflichtigen für den Zugang aufgrund eines vorgelegten Sendeprotokolls vorgenommen. Grundsätzlich gelte zwar, dass derjenige, der sich im Prozess auf den Zugang einer empfangsbedürftigen Willenserklärung beruft, den Zugang dieser Erklärung zu behaupten und zu beweisen habe. Zwar beweise alleine ein „Ok-Vermerk" im Sendebericht des Sendegeräts keinen Zugang beim Empfänger, solange technisch die Möglichkeit bestehe, dass die Datenübertragung wegen eines Fehlers im öffentlichen Netz missglückt sei. Bei der Übermittlung per Fax mit einer Sendebestätigung könne dagegen – gleich dem Einschreibbrief – prima facie auf den Zugang geschlossen werden. In einem solchen Fall sei es Sache des Adressaten zu beweisen, dass er nicht in den Besitz der Sendung gelangt sei[927].

3) Die Beweiskraft in England

Wie bereits dargelegt, sind die neuen Kommunikationsmedien im englischen Privatrechtsverkehr und in der Kommunikation mit Behörden und Gerichten

---

923 Vgl. hierzu schon FN 526.
924 *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.
925 So auch OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96; *Fina* in *Straube*, HGB[3] (2003) § 346 Rz 2.
926 *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436; OGH 24.10.1996, 6 Ob 2016/96f.
927 LG Feldkirch 06.06.2006, 3 R 138/06a.

uneingeschränkt anerkannt[928].

Beispielhaft sei noch einmal das Ergebnis der gerichtlichen Werthaltigkeit eines Sendeberichts genannt: Sofern in Deutschland der Prozessgegner pauschal den Erhalt eines Sendeberichts bestreitet, kann das Gericht der vorgelegten Sendebestätigung die Beweiskraft mit dem Hinweis auf die Manipulationsfähigkeit per se absprechen. In diesem Fall der Beweisgegner diese Möglichkeit im Prozess nicht einmal selbst darlegen.

In England wäre eine solche Entscheidung durch den Richter systembedingt nicht möglich. Auch die Rechtsanwälte würden eine solche Behauptung aufgrund ihrer Wahrheitsverpflichtung gegenüber dem Gesetz nicht einbringen.

Ungeachtet dessen gibt der Ok-Vermerk im Sendebericht auch im englischen Rechtskreis keine Gewissheit darüber, dass der Empfänger die Faxnachricht erhalten hat. Daher wird geraten, bei wichtigen Mitteilungen den Empfänger nach dem Sendevorgang anzurufen, um sich die Vollständigkeit und Lesbarkeit der Nachricht bestätigen zu lassen[929].

a) <u>Manipulationsrisiko bei Sendeberichten</u>

Auch in der englischen Rechtsprechung wurden bereits Fälle behandelt, in denen es um die Fälschung von Sendeberichten ging. So der Commercial Court der Queen's Bench Division im Gerichtsstreit *Rafsanjan Pistachio Producers Co-operative v. Kauffmans Ltd*.[930] zu klären, ob der Empfänger oder der Sender einen maschinell erzeugten Telefaxbericht manipuliert hatten. Der Kläger hatte einen Sendebericht seines Telefaxgeräts vorgelegt, in dem die Absendung einer Mitteilung bestätigt wurde. Der Beklagte legte hiergegen das Empfangsjournal seines Telefaxgerätes vor, in dem im fraglichen Zeitpunkt kein Faxeingang des Klägers verzeichnet war. Im Rahmen des *burden of leading evidence* beschäftigte sich das Gericht eingehend mit dem Vergleich beider Telefaxdokumente und kam – unter anderem – anhand der Überprüfung des Bedienmanuals des Telefaxgeräts des Klägers zu dem Schluss, dass die Sendebestätigung gefälscht worden war.

---

928 siehe hierzu schon oben unter VII) 3) b) und c).

929 Law Society's Gazette, Professional – Legal Practice – Use of Faxes, 27 November 1991 LSG 88.43 (15).

930 Rafsanjan Pistachio Producers Co-operative vs Kauffmans Ltd, The independent 12 January 1998 (S).

Exemplarisch an diesem Fall lässt sich auch hier wiederum die englische Unvoreingenommenheit gegenüber der dem Gericht präsentierten Mittel zur Glaubhaftmachung im Rahmen der *balance of probabilities* erkennen, dass grundsätzlich kein Mittel von vornherein ausgeschlossen ist. Durch die Einbeziehung aller Begleitumstände wird mittlerweile in einzelnen Urteilen die Frage nach dem Zugang einer Faxnachricht mit einem kurzen Statement des Richters beantwortet[931].

b) Zurechnung von Handlungen der Erfüllungsgehilfen

Ähnlich wie im kontinentaleuropäischen Rechtskreis werden dem Verantwortlichen die Handlungen seines Erfüllungsgehilfen zugerechnet. Eine Möglichkeit der Exkulpation gibt es nur sehr eingeschränkt. So wird dem Solicitor eine Falschaussage seiner Sekretärin, sie habe einen Schriftsatz per Telefax und Post verschickt, mit allen Konsequenzen zugerechnet[932]. Dies gilt auch dann, wenn die Sekretärin bisher „*entirely reliable*" war.

c) Pflichten bei der Eröffnung eines offiziellen Kommunikationsweges

Ebenso ergeben sich in England aus der Eröffnung eines offiziellen Kommunikationsweges umfassende Pflichten und Obliegenheiten gegenüber dem Rechtsverkehr. So muss die Kommunikationseinrichtung betriebsfähig und der Inhaber über das jeweilige Medium erreichbar sein. Ebenso besteht eine Pflicht zur Kenntnisnahme eingelangter Mitteilung. So wurde bereits entschieden, dass die Begründung, man antworte grundsätzlich nicht auf eingehende Telefaxnachrichten, keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der eingelangten Nachricht hat[933].

XI) Funktionsweise moderner Kommunikationsmedien

Ganz allgemein ist zu bedenken, dass die deutsche und die österreichische Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit und der Kontinuität der

---

931 *Days Medical Aids Ltd* vs *Pihsiang Machinery Manufacturing Co Ltd and others* (2004) EWHC 44 (Comm) (2004) 1 All E.R. (Comm) 991; *Protea Leasing* vs *Royal Air Cambodge Co Ltd and others* (2002) EWHC 2731 (Comm) (2002) All E.R. (D) 224 (Dec).

932 *Kitt* vs *Grattans Plc* (1996) PA/273/96.

933 Law Society's Gazette, Professional – Legal Practice – Use of Faxes, 27 November 1991

Rechtsprechung immer noch auf den ersten Urteilen in den 90er Jahren zu dieser Thematik aufbauen.

Zu dieser Zeit war aber die Technik im Hinblick auf die Übertragungssicherheit und Rückverfolgbarkeit noch sehr gering ausgeprägt. Fraglich ist, ob durch die Fortentwicklung der technischen Kommunikationsmedien mittlerweile nicht ein Umdenken bei der Frage nach der Beweisbarkeit des Zugangs angebracht wäre. Unzweifelhaft hat eine technische Weiterentwicklung stattgefunden, die wiederum Auswirkungen auf die Risiken bei der Übertragungssicherheit hat. Zudem folgen ebenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit die Gerichte des ersten und zweiten Rechtszuges in der Regel der höchstrichterlichen Rechtsprechung, solange letztere ihre Rechtsprechung nicht korrigiert. Da die höchsten Gerichte oft über einen längeren Zeitraum zu einer bereits behandelten Thematik nicht erneut angerufen werden, wird eine Rechtsprechung gefestigt, die eventuell als überholt gelten müsste.

Hinsichtlich der Bestätigungen hängt deren Aussagekraft unmittelbar mit deren zustande kommen ab. Unzweifelhaft ist eine Bestätigung, die lediglich von dem Kommunikationsgerät des Absenders erstellt wird, für den gerichtlichen Nachweis von geringerer Bedeutung als eine Bestätigung, die durch das Sendegerät erst nach erfolgter Kommunikation mit dem Empfangsgerät erstellt wird. Noch höheren Aussagewert hätte eine Bestätigung, deren Aussagekraft sich auf den erfolgreichen Verlauf einer technischen Routine beziehen würde. Schließlich gibt es noch die Fallgestaltung, dass eine – gesonderte – Bestätigung vom Empfangsgerät erstellt wird, welche wiederum an das Sendegerät zurück übermittelt wird. Auf welchem technischen Weg eine Kommunikationseinrichtung ihre automatisch generierten Bestätigungen verschickt, ist Voraussetzung für die Determination der juristischen Aussagekraft der jeweiligen Bestätigungen.

Daher soll im Folgenden die technische Funktionsweise der Kommunikationsmedien Telex, Telefax, Computerfax, Internet und Email dargestellt werden. Ausgehend von ihrer Entstehungsgeschichte lassen sich diese in elektrische und elektronische Kommunikationsmedien unterteilen[934]. Aus

---

LSG 88.43(15).

934 Mittlerweile sind alle Kommunikationsmedien durch die fortschreitende Technik nicht nur

gehend hiervon sind Telex, Telefax (und Telefon) solche Kommunikationsmedien, mittels derer unverkörperte Willenserklärungen ursprünglich auf der Basis analoger Schallwellen übermittelt werden können. Computerfax, Email und Internet sind dagegen grundsätzlich als Kommunikationsmedien anzusehen, welche die Nachrichten in digitaler Form (Bits & Bytes) übermitteln.

1) Vom Morseapparat zum Fernschreiber

Nachdem der amerikanische Maler *Samuel Bresse Finley Morse* 1835 seine Erfindung einer Gruppe von New Yorker Universitätsangehörigen vorstellte, wurde sie am 3. Oktober 1837 patentiert. Der nach seinem Erfinder benannte Telegrafenapparat wurde im Laufe der Jahre von vielen Wissenschaftlern ständig perfektioniert und bald eroberte das Morse-Gerät fast die gesamte damalige „moderne" Welt. Bald suchten die Wissenschaftler jedoch auch nach anderen elektrischen Übertragungsmöglichkeiten und fanden sie in den Drucktelegraphen[935].

Die erste Übertragungsstrecke des 1848 patentierten Drucktelegraphen von *Royal E. House* wurde im März 1849 zwischen Washington D.C. und Philadelphia in Betrieb genommen. Noch im Herbst 1849 folgte eine weitere Strecke zwischen New York und Boston. 1853 wurde in Kuba mit der Errichtung eines insgesamt 1200 Meilen langen Netzes mit insgesamt 51 Stationen nach diesem System begonnen. Eine Weiterentwicklung stellte der 1855 patentierte Typenraddrucker von *David Edward Hughes* und *George Phelps* dar. Trotz äußerlicher Ähnlichkeit mit *House's* Telegraph handelte es sich um eine völlig neue Konstruktion, mittels derer 180 bis 200 Buchstaben oder Zeichen pro Minute übertragen werden.

Im Jahre 1867 erwarb die österreichische Regierung von *Hughes* die Rechte an dessen Patent, und *Otto Ritter von Schäffler* sorgte für die Einführung in Österreich-Ungarn. In seiner Wiener Firma „Telegraphen- und Telephonbauanstalt O.S." brachte er eine Produktion in Gang, die den ausländischen Erzeugnissen überlegen war. Beim Internationalen Telegraphenkongress 1868 in Wien wurde der *Hughes*-Drucktelegraph weltweit

---

untereinander kompatibel. Auch die früher elektrischen Kommunikationsmedien sind heute auf elektronischer Basis erhältlich.

935 Der Fernschreiber im Wandel der Zeit unter: www.banater-aktualitaet.de/heim14.htm.

eingeführt. Zur Jahrhundertwende waren in Europa mehr als 2.300 derartige Telegraphen in Betrieb und wurden bis etwa 1930 bei vielen Post- und Telegraphenverwaltungen verwendet.

Der Wunsch nach einem unmittelbaren Telegraphieverkehr zwischen Aufgeber und Empfänger mittels nur einem Gerät (analog dem mittlerweile entwickelten Sprechtelegraphen) führte in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts zur Entwicklung des „Springschreibers nach dem Start-Stopp-Prinzip". Der Springschreiber arbeitet nach dem vereinfachten Gleichlaufverfahren. Für den Abdruck eines Zeichens werden Sender und Empfänger mit einem ständig laufenden Motor für die Dauer einer Umdrehung gekuppelt. Nach jeder Umdrehung erfolgt bis zum neuerlichen Eintreffen eines Zeichens eine Sperre beider Einheiten. Dabei wird den fünf informationsbestimmenden Schritten eines Zeichens ein Startschritt voran und ein Stoppschritt nachgesetzt. Damit hatte die Telegraphie den zwischenzeitlichen Vorsprung des Fernsprechers nicht nur aufgeholt, sondern sogar noch überflügelt. Durch diese Technik konnten auch bei Abwesenheit eines verlangten Teilnehmers Fernschreiben übermittelt werden[936].

Auch die zwischenstaatliche Teilnehmertelegraphie begann sich rasant zu entwickeln, nicht zuletzt deshalb, weil im Wesentlichen von Beginn an nach einheitlichen Grundsätzen gearbeitet wurde. Letztere wurden durch die Beschlüsse des Commité Consultatif International Télégraphique et Téléphonique (CCITT)[937] auf der Tagung in Prag 1934 festgelegt, wonach als Übertragungsstandard das Telegraphenalphabet Nr. 2 gewählt wurde. Es erlaubte die Übertragung aller lateinischen Buchstaben und Ziffern, sowie eine begrenzte Auswahl an Zeichen[938]. Mit diesen Geräten betrug der Datendurchsatz bei einer Telegraphiegeschwindigkeit von 50 Baud in Europa 400 Zeichen pro Minute, in den USA bei 45,45 Baud 368 Zeichen pro Minute.

---

936 Vom Drucktelegraphen zum Telex, unter: http://members.a1.net/oaw1/wago120.htm.

937 CCITT – ein ständiges, beratendes Organ der Internationalen Fernmeldeunion, das u.a. für internationale Empfehlungen und Standardisierungen im Fernmeldewesen zuständig ist. In diesem international beratenden Ausschuss für Telegrafen-, Fernsprechdienste und Telekommunikationsdienste erarbeiteten die Fernmeldeverwaltungen und Hersteller die so genannten CCITT-Empfehlungen. Sie dienen als Richtlinien für die Beschaffung von Ausrüstungen, für die Fernmeldedienste und für die Zulassung von Endgeräten, die diese Dienste nutzen möchten.

938 Unabhängig von dieser Norm gibt es analog zum ersten Telegraphenalphabet auch spezielle Maschinen zur ausschließlichen Verwendung in einer durch andere Schriftzeichen geprägten Sprachgruppe, sowie Maschinen die zusätzlich zu den lateinischen die

Parallel zu den Endgeräten wurde die Teilnehmerwähltelegraphie entwickelt. Jeder Teilnehmer konnte in dem weltweiten öffentlichen Fernschreibnetz (sog. Telex-Netz) die Verbindung mittels Wählscheibe selbst herstellen. Die beiden Entwicklungen, Springschreiber und Telex-Netzes (TELetype-EXchange), stellten einen Meilenstein in der Geschichte der Telekommunikation dar[939].

Telex-Netze wurden weltweit seit den 1930er Jahren aufgebaut. In Deutschland wurde der erste Fernschreiber-Dienst 1933 eingeführt, nachdem seit 1926 ein Versuchsbetrieb stattgefunden hatte[940]. In Österreich begann die Teilnehmerwähltelegraphie im Jahre 1936 mit der Errichtung eines TW-Amtes in Wien, das an Nürnberg angeschlossen war. In der Folge wurden auch die Ämter Linz und Graz an Nürnberg angeschlossen. 1945 – die Zahl der Fernschreibteilnehmer stieg stetig an – wurden die Ämter Linz und Graz mit dem Hauptamt Wien verbunden. In der Folgezeit wurden die Ämter Innsbruck Ende 1947, Salzburg, Klagenfurt und Bregenz im Jahre 1948 in Betrieb genommen. 1985 wurde der 25.000ste Teilnehmer in Österreich eingeschaltet, 1987 mit 25.954 der höchste Teilnehmerstand erreicht. Bis in die späten 80er Jahre ist der Fernschreibdienst insbesondere wegen seiner hohen Zuverlässigkeit für die schriftliche Kommunikation der Wirtschaft unverzichtbar.

Seit 1988 und damit seit Einführung des Telefaxgerätes war die Zahl der Fernschreibanschlüsse jedoch weltweit stark rückläufig, seit 1990 drastisch. 1990 gab es in Österreich noch 18.460 Teilnehmer, 1995 waren es 5.390, 1998 noch 1.203 und am 1. Jänner 2001 nur mehr 502 Teilnehmer.

In der zweiten Jahreshälfte 2001 wurden die noch verbliebenen Teilnehmer schriftlich gekündigt und der Dienst seitens der Datakom Austria GmbH mit 31. Dezember 2001 eingestellt. Eine Gruppe von neun Teilnehmern (alle aus dem Bankenwesen) mit insgesamt 44 Anschlüssen erwirkte jedoch eine eingeschränkte Weiterführung des Telexdienstes. Die Dienstleistung „abo.telex" wurde erbracht von der Legacy Communications Luze GmbH und hatte alle Merkmale des bisherigen öffentlichen Telexdienstes. Der Dienst wurde zu den gleichen technischen und juristischen Bedingungen erbracht, zu den ihn die Datakom Austria GmbH erbracht hatte. „abo.telex" war jedoch kein öffentlicher Dienst,

---

nationalen Schriftzeichen verarbeiten.

939 Vom Drucktelegraphen zum Telex unter: http://members.a1.net/oaw1/wago120.htm.

sondern wurde ausschließlich interessierten ehemaligen aktiven Telexteilnehmern im Rahmen einer geschlossenen Benutzergruppe zur Verfügung gestellt. Im Jänner 2004 sank die Anzahl der Teilnehmer auf vier mit insgesamt 20 Anschlüssen, mit Jahresbeginn 2005 auf drei Teilnehmer mit 16 Anschlüssen. Zum Jahresbeginn 2006 gab es nur noch einen Teilnehmer mit insgesamt zehn Anschlüssen. Mit Ablauf des 31. März 2006 wurde auch „abo.telex" eingestellt[941].

Da das Telexgerät in der Regel ein Gewicht von ca. 30 kg (ohne Unterbau) hatte, verwenden heute die wenigen in Europa noch verbliebenen Nutzer meist PCs mit entsprechender Telex-Software oder Internet/Btx-Gateways. Telex ist jedoch nach wie vor in einigen kommunikationstechnologisch unterentwickelteren Gebieten der Welt die einzige zuverlässige Art der Telekommunikation mit dem Ausland. Auch im Seefunk über Satellit (Inmarsat-C) und SITOR über Kurzwelle wird immer noch mit Telex kommuniziert[942].

Grundsätzlich sind die Tage vom Telex-Netz jedoch gezählt, da in den frühen 80er Jahren die Telefax-Technik aufkam und mit überwältigendem erfolg die Telex-Technik ablöste.

a) Funktionsweise des Telex

Ein Fernschreiber ähnelt im Aufbau einer elektrischen Schreibmaschine, wobei die Tastatur, die die Sendeeinheit beinhaltet, und das Druckwerk, das den Empfänger beherbergt, unabhängig voneinander arbeiten. Ein entweder separates oder integriertes Anschaltgerät mit Anschluss an das Telex-Netz erlaubt die Verbindung zu anderen Teilnehmern, anfänglich handvermittelt (HV), später im Teilnehmerwahlbetrieb (TW). Zur Ausstattung des Fernschreibers gehörte oft ein Lochstreifenleser und Lochstreifenlocher um vorbereitete Texte mittels eines Lochstreifens mit maximaler Geschwindigkeit übertragen zu können oder Textbausteine speichern zu können[943].

Beim Empfang wird der Sender nicht betätigt, beim Senden hingegen schon. Im Ruhezustand ist der Sendekontakt geschlossen. Über einen „Dachhebel" werden

---

940 http://www.at-mix.de/fernschreiber.htm.

941 Vom Drucktelegraphen zum Telex unter: http://members.a1.net/oaw1/wago120.htm.

942 Neben den beschriebenen drahtgebundenen mechanischen Fernschreibverbindungen existieren weltweit auch Funkfernschreiber, die Nachrichten per Funk über Kurzwelle austauschen bzw. Nachrichten elektronisch speichern können, vgl. http://www.at-mix.de/fernschreiber.htm.

die zu sendenden Zeichen mechanisch weitergeleitet. Über Zugstangen, Wählstangen und Nockenwellen wird der Farbbandträger dann in seiner Ausschwenkhöhe begrenzt oder erweitert und der lokal geschriebene Text in roter Farbe und der eingehende Text in schwarz geschrieben.

Die Kodierung der Daten bei Telexgeräten erfolgt mit je 1 Startbit, 5 Datenbits und einem 1,5 fachen Stoppbit. Obwohl der Standard im Telexnetz 50 Baud war, werden die Geschwindigkeiten 45, 50, 75, 100, 150 sowie 200 Baud unterstützt[944].

Hier ein Auszug aus der Betriebsanleitung des Fernschreibers Siemens T100:

¥	1. Anruftaste drücken
	2. Maschine läuft an
<	3. Wagenrücklauf, Zeilenvorschub
1 ...	4. Ziffernumschaltung
	5. Anschlussnummer eintasten
+	6. Wählende + eintasten
	7. Warten einige Sekunden ... 1 Min (Übersee)
	8. Kennungsgeber des angewählten Teilnehmers wird automatisch gedruckt. Verbindung ist hergestellt **oder** eins der folg. Betriebssignale wird gedruckt: occ = Teilnehmer besetzt nc = Verbindungswege belegt der = Teilnehmer gestört np = Teilnehmer nicht angeschlossen

b) Funktionsweise des Telefax

Ein Telefaxgerät wandelt ein eingelesenes Dokument in Blöcke mit codierten Digitalinformationen, sog. digitale Bilddaten[945], um. Da jedoch die Übermittlung im Regelfall über das (analoge) Selbstwähltelefonnetz der Telekom[946] erfolgt, wandelt die Modem-Einheit des Faxgeräts die digitalen weiter in analoge Signale um. Diese analogen Signale werden mit verschiedenen Modulationsmethoden[947] übermittelt. Die Signale des sendenden Telefaxgerätes werden über mehrere zusammengeschaltete Leitungsabschnitte des Telefonnetzes versandt, welche durch Wahleinrichtungen miteinander verbunden sind.

---

943 http://www.at-mix.de/fernschreiber.htm.

944 www.rup.com-PDFs/SNIT100.

945 Digitale Bilddaten sind eine organisierte Anordnung schwarzer und weißer Bildpunkte, die durch den Druckvorgang wieder in ein Dokument auf Papier umgeformt werden. Das Bildsignal selbst besteht aus Bilddaten der Abtastzeile, Füllzeichen und dem EOL-Signal. Das EOL-Signal gibt das Ende der Zeile an und befindet sich sowohl am Anfang der ersten Zeile der Seite als auch am Ende jeder übermittelten Abtastzeile.

946 Hierbei handelt es sich im Regelfall um das analoge Selbstwähltelefonnetz mit einer Bandbreite von 300-3400Hz. Eine Ausnahme bildet die Übermittlung über das Funktelefonnetz.

Durch Erschütterungen oder ähnliche Einwirkungen kann es dazu kommen, dass die Kontaktverbindungen zwischen den Leitungsabschnitten für kurze Zeiträume im Millisekundenbereich offen sind und Teile des übermittelten Signalstroms verloren gehen. Auch durch die Telefonleitung selbst werden Interferenzen, Leitungsrauschen und Verzerrungen in das übermittelte Signal eingebracht. Es besteht daher die Gefahr, dass ein Telefax, das ordnungsgemäß an den Adressaten versandt wurde durch Leitungsstörungen beim Empfänger gar nicht oder nur eingeschränkt lesbar ankommt.

Zur Vermeidung dieser Gefahr sehen Telefaxgeräte verschiedene Sicherungsmechanismen vor. Zum einen wurde die Übertragungsgeschwindigkeit zugunsten der Eindeutigkeit der Signale begrenzt[948]. Zum anderen können verschiedene Frequenzmodulationen mögliche Störungen bis zu 50% kompensieren. Außerdem ist die nur selten vorkommende Gefahr einer Leitungsstörung durch die Nutzung von ISDN-Verbindungen noch unwahrscheinlicher geworden. Im Übrigen ist auch der 5-phasige Ablauf des Übermittlungsvorgangs auf eine Minimierung der Transportrisiken ausgelegt:

Bei der Negotiierung in Phase A und B werden sowohl Signale[949] zur Herstellung der Verbindung zwischen den Telefaxgeräten gesandt[950], als auch Signale, die Informationen über die Telefax-Klassen und andere Fähigkeiten beider Geräte beinhalten. Durch den Austausch dieser Informationen stellt das sendende Telefaxgerät die schnellste und wirkungsvollste Einstellung für die Telefax-Kommunikation ein. Darüber hinaus wird dem Empfänger das vom Sender verwendete Papierformat mitgeteilt. Dieses bestimmt die Länge der abgetasteten Zeile (Scanline). Zusammen mit der Anzahl der abgetasteten Bildpunkte pro Zeile

---

947 FSK- und PSK-Modulation, sowie QAM.

948 Diese standardisierten Abläufe zum Aufbau, Aufrechterhaltung und Beendigung der Verbindung wurden vom CCITT-Ausschuss im sog. T30-Protokoll niedergelegt. Das T.30-Protokoll ist damit die Grundlage des sog. G3-Faxstandards, welches die Kommunikation zwischen Faxgeräten, Faxmodems, Faxkarten und Fax-Servern ermöglicht. Darin, sowie in der *Recommendation T.4 Standardization of Group 3 Facsimile Apparatus for Document Transmission* werden der Verbindungsaufbau, die Übertragung von Rufnummer, Datum und Uhrzeit sowie die Empfangsquittierung geregelt. Die Übertragung kann dabei mit einer Datenübertragungsrate von 2400 bit/s bis 33.600 bit/s erfolgen, vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/fax.

949 Die Übermittlung eines Prozedursignals bei dieser Geschwindigkeit dauert nicht länger als 200ms.

950 Diese Verständigungssignale werden mit der 300 bps FSK-Modulation (Frequency Shift Keying) übermittelt, da diese Frequenzmodulation ein Leitungsrauschen und Interferenzen bis zu 50% Verzerrung kompensieren kann.

ergibt sich hieraus die Auflösung[951].

Die Phase C gliedert sich in zwei Subphasen: In der Phase C1 werden Signale gesendet, die das empfangende Modem für die Bilddaten vorbereiten und die gemeinsame Leitungsverbindung zwischen den Telefaxgeräten testen. Hierbei wird eine Reihe logischer „Nullen" gesendet, anhand derer das empfangende Telefaxgerät den Demodulator in dessen Modem synchronisiert. Die Entzerrer-Schaltung hilft dem Modem, Verzerrungen, die durch die Kennlinien der Telefonleitung in ein Signal eingebracht werden, zu kompensieren. Ist diese Folge logischer Nullen unverändert empfangen worden, beginnt die Phase C2 mit der Übermittlung der codierten Bilddaten.

Wird der Leitungstest nicht zufriedenstellend ausgeführt, wird der Test nochmals mit einer langsameren Übertragungsgeschwindigkeit wiederholt. Die beiden Phasen B und C1 werden wiederholt, wenn Fehler in einer empfangenen Seite (Bilddaten) vorliegen, oder wenn die bei einem mehrseitigen Fax die nächste zu sendende Seite eine andere Einstellung benötigt. Bei Geräten, die sich mit einem vorherigen Einscannen der Blätter auf dem aktuellen technischen Stand der Technik befinden, wird die fehlerhafte Seite solange erneut gesendet, bis das Empfangsgerät den vollständigen Erhalt an das sendende Gerät bestätigt.

In Phase D wird die Bildende-Information[952] vom sendenden Telefaxgerät übermittelt. Weiterhin wird die empfangende Seite positiv oder negativ bestätigt. Da spontane Formen von Interferenzen wie z. B. Rauschen oder kurze Unterbrechungen der Telefonleitung nicht verhindert werden können, werden

---

951 Nach T.4 sind folgende horizontalen Auflösungen für ein schwarz-weiß Telefax möglich:
Für ISO A4, Letter und Legal:
1728 Pixel auf einer Scanline von 215 mm (± 1 % Toleranz),
3456 Pixel auf einer Scanline von 215 mm (± 1 % Toleranz).
Für ISO B4:
2048 Pixel auf einer Scanline von 255 mm (± 1 % Toleranz),
4096 Pixel auf einer Scanline von 255 mm (± 1 % Toleranz).
Für ISO A3:
2432 Pixel auf einer Scanline von 303mm (± 1 % Toleranz),
4864 Pixel auf einer Scanline von 303 mm (± 1 % Toleranz).
Mögliche vertikale Auflösungen sind 3,85 Zeilen/mm, 7,7 Zeilen/mm und 15,4 Zeilen/mm, wobei die Standardeinstellungen für niedrige Auflösung (1728 Pixel bei 203 oder 204 dpi horizontal; 98 dpi vertikal) bzw. hohe Auflösung (1728 Pixel bei 203 oder 204 dpi horizontal; 196 dpi vertikal) sind.

952 Sog. MCF-Signal (Message confirmation), d.h., „es sind weitere Seiten zu senden" oder „letzte Seite wurde gesendet".

Übermittlungsfehler zudem mittels des HDLC-Sendeverfahrens[953] überprüft.

Von der Phase D wechseln die Telefaxgeräte entweder zur Phase E (Trennung), zur Phase C (nächste Seite wird übermittelt) oder zur Phase B, wenn die bereits bestehende Einstellung geändert werden muss.

Durch die Bestätigung des Empfangsgeräts in Phase D werden Transportrisiken wie Leitungsstörungen oder -verzerrungen mit an Sicherheit zu grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Wurde nach Abschluss der Phase E ein positiver Sendebericht erstellt, kann somit aufgrund der Kommunikation der beiden Faxgeräte von einer fehlerfreien Übertragung ausgegangen werden.

2) Vom Fernschreiber zur Email

Parallel zur Telefaxtechnik fanden in den 90er Jahren immer mehr elektronische Kommunikationsmedien wie Email Internet und Computerfax Eingang in den geschäftlichen Rechtsverkehr. Ausgangspunkt des Internets und damit auch der elektronischen Kommunikation im Allgemeinen war ein an der Universität Berkeley entwickeltes Programm in Form eines Protokolls, mittels dessen ein Computer die von anderen Computern übermittelten Daten erkennen kann.

Die Entwicklung des Internet geht auf das amerikanische Pentagon zurück. Um die militärische Kommunikation zwischen den auf der ganzen Welt verteilten Stützpunkten der US-Army zu gewährleisten, war ein System erforderlich, das im Kriegsfall auch bei Beschädigung noch leistungsfähig blieb. Die Idee war, anstatt einer hierarchischen Konzeption, die auf einer zentralen Rechnereinheit basiert, viele Computer dezentral miteinander zu vernetzen. Damit war der Informationsaustausch durch einen (atomaren) Treffer weniger verwundbar. Um den Betrieb des Internets sicherzustellen, sollten die angeschlossenen Computersysteme auch bei Ausfall verschiedener Netzabschnitte selbstständig alternative Datenverbindungen aufbauen können. Ein Ende dieser Entwicklung ist durch die zunehmende Vernetzung und die Verbindung einzelner Kommunikationsmedien durch Gateways und geräteinterne Umwandler nicht abzusehen.

---

953 High Level Data Link Control: Technik zur Überprüfung von Übertragungsfehlern durch Hinweiszeichen und Blockprüfzeichenfolgen, die das empfangende Telefaxgerät über den Status der Daten, die empfangen werden sollen, informiert.

a) Funktionsweise der Email-Kommunikation

Um die Anfälligkeit des Systems zu minimieren, erfolgt die Übertragung der Email-Botschaften grundsätzlich im „Routing-Verfahren". Hierfür sind die Emails in zwei Teile geteilt; den „Header" mit den Kopfzeichen und den „Body" mit dem eigentlichen Inhalt der Nachricht[954]. Diese Emails werden in einzelne Pakete aufgeteilt, nummeriert, im „Header" des Datenpakets mit den vollständigen Daten des Absenders und des Empfängers versehen und ebenfalls einzeln verschickt. Der Versand erfolgt mittels des Transfer Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP), wobei die Datenpakete von den einzelnen Netzknoten („Router") analysiert und in Richtung der Empfängerstation weitergesendet werden. Gleichzeitig steht damit die Route durch das Netz niemals genau fest, da der Weg der verschiedenen Datenpakete vom Sender über die verschiedenen Router zum Empfänger grundsätzlich[955] nicht vom Sender, sondern vom TCP/IP-Protokolls bestimmt werden. Falls diese Datenpakete nicht in der richtigen Reihenfolge ankommen, ist dies unschädlich. Die Empfängerstation wartet, bis alle Daten bei ihr angelangt sind und setzt diese dann in der richtigen Reihenfolge zusammen.

Die Funktionsweise des Internet-Protokolls kann daher mit einem Briefumschlag verglichen werden, der eine Absender- und Empfängeradresse trägt und in dessen inneren sich ein Bestandteil der Nachricht, das TCP/IP-Paket, befindet[956].

Darüber hinaus werden die einzelnen Datenpakete zur Sicherheit auf jedem Knoten („Relaisstation") zwischengespeichert, unvollständig angekommene Pakete werden an den jeweiligen Router zurück gesandt, der diesen Vorgang wiederholt. Können ein oder mehrere Datenpakete nicht erfolgreich zugestellt werden, erhält der Absender hierüber eine Mitteilung des jeweiligen Routers. Aufgrund dieses Übermittlungsvorgangs kann der Absender daher im Allgemeinen davon ausgehen, dass seine Nachricht von dem Email-Server des

---

954 Die technische Spezifikation von Emails ist zu finden unter: http://tools.ietf.org/html/rfc2822.

955 Es besteht aber die Option, den Datenpaketen einen bestimmten Weg durch das Netz aufzuzwingen. Bei sog. „*strict source routing*" (festgelegte Wegknoten müssen hintereinander durchlaufen werden) oder dem „*loose source routing*" (nur festgelegte Wegknoten dürfen durchlaufen werden) kann über den Header der Email positiv die einzelnen Router vorbestimmt oder negativ bestimmte Router für den Weitertransport ausgeschlossen werden. Dieses Verfahren ist wünschenswert, wenn vermieden werden soll, dass Datenpakete über die Verbindungsrechner eines bestimmten Staates geleitet werden sollen, vgl. *Baum*, Der elektronische Vertragsabschluss (2001) 102.

956 *Mehrings* in *Hoeren*/*Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht Kap. 1 Rz 52.

Empfängers ordnungsgemäß empfangen wurde, sofern nicht innerhalb von ca. 5 Minuten nach dem Versand eine Fehlermeldung eingetroffen ist.

Schließlich können bei allen Email-Programmen (sog. Client) auf dem aktuellen technischen Stand spezielle Bestätigungen durch den Empfänger eingestellt bzw. durch den Sender angefordert werden. Sowohl die Rückantwort (*auto response*), als auch die Abwesenheitsnachricht (*Out-of-office*) sind als Eingangsbestätigungen beim elektronischen Briefverkehr anzusehen. Diese Funktionen können durch den Empfänger im jeweiligen Email-Programm aktiviert werden. Bei Eingang einer Nachricht wird anschließend eine kurze Bestätigungsmail automatisch an den Absender zurückgeschickt. Obwohl der Absender durch eine solche Email zum Teil den Eindruck erhalten kann, dass der Empfänger die Nachricht zur Kenntnis (= „Zugang") genommen hat, ist dies aber gerade bei automatisch verschickten Empfangsbestätigungen nicht der Fall.

Schon aus technischer Sicht bestätigt das Email-Programm des Empfängers nur den Erhalt der Nachricht, während es bei der Abwesenheitsnachricht den Absender lediglich darauf hinweist, dass der Empfänger die Email (zur Zeit) nicht oder nur eingeschränkt zur Kenntnis nehmen kann. In beiden Fällen wird damit nur dokumentiert, dass die abgesandte Email die vom Empfänger angegebene Empfangseinrichtung erreicht und im Email-Account des angegebenen Empfängers abgelegt wurde. Sie dokumentiert gleichsam den Einwurf der elektronischen Post in den elektronischen Briefkasten[957].

Aber auch aus Empfängersicht ist dieser elektronische „Einwurf" ebenso wenig wie der Einwurf eines klassischen Briefes in einen Briefkasten schon mit dem Zugang der Erklärung gleichzusetzen. Der Empfänger besitzt durch die Aktivierung dieser Bestätigungsfunktion gerade keinen generellen Zugangswillen im Sinne einer gleichzeitigen (automatischen) Kenntnisnahme des Nachrichteninhalts bei Eingang der Mitteilung. Anders als bei der automatischen Auftragsbearbeitung[958] hat der Empfänger die inhaltliche Bearbeitung der

---

957 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

958 Hierbei werden – vor allem bei der Auftragsabwicklung von Bestellungen über das Internet – anhand der Eingaben eine Bestätigungsemail verschickt und gleichzeitig ein interner Vorgang zur Auftragsbearbeitung ausgelöst. Teilweise ist der Automatisierungsgrad so weit fortgeschritten, dass bei den einzelnen Bearbeitungsvorgängen ebenfalls automatische Statusberichte an den Empfänger versandt werden (z.B. Bestellungserhalt, Ware wurde verpackt, Ware wurde verschickt usw.). Ein solcher Anbieter, der vor allem auch die

Nachricht gerade nicht einer Datenverarbeitungsanlage überlassen.

Bei der Empfangsbestätigung (*delivery receipt*) handelt es sich dagegen um eine Eingangsbestätigung, die der Absender von dem Client des Empfängers erbeten hat. Sofern der Empfänger diese Funktion nicht abgeschaltet oder sich hierfür eine Einzelfallentscheidung vorbehalten hat, sendet seine Email-Software automatisch eine Empfangsbestätigung, sofern die Nachricht des Absenders vollständig erhalten und ordnungsgemäß im Posteingang abgelegt wurde[959].

Hingegen dokumentiert die Lesebestätigung (*read receipt*) nicht nur den ordnungsgemäßen Erhalt, dass seitens des Empfängers die Email tatsächlich geöffnet wurde. Wenn aber eine Email geöffnet wird, dann ist sie auch zugegangen[960]. Die Lesebestätigung bezieht sich damit auf die tatsächliche Kenntnisnahme und dokumentiert folglich den spätestmöglichen Zeitpunkt des Zugangs. Ob die Email nach normativen Maßstäben bewertet schon zuvor zugegangen war, lässt sich mit der Lesebestätigung alleine dagegen nicht dokumentieren[961].

Beim Öffnen sendet das Email-Programm eine Rückbestätigung an den Absender[962]. Dabei wird die Email beim Versand durch den Client des Absender mit einem Befehl im Email-Header versehen, der automatisch eine Bestätigungs-Email mit Datum und Uhrzeit an den Absender erstellt, sobald die Nachricht vom Empfänger abgerufen wird. Zu beachten ist hierbei, dass das Email-Programm

---

Anforderung des § 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB nach einer automatischen Bestätigungsemail abdeckt, ist beispielsweise www.afterbuy.de. Ist eine Kenntnisnahme der Erklärung vor der Verarbeitung nicht vorgesehen, tritt an die Stelle der Kenntnisnahme die Möglichkeit der Verarbeitung, vgl. *Mehrings* in *Hoeren*/*Sieber*, Handbuch Multimedia-Recht, Kap. 13.1, Rz 82. Damit geht die Erklärung sofort zu. Die Modifikation des Zugangsbegriffs ist gerechtfertigt, da der Empfänger mit der Automatisierung der „Kenntnisnahme" auf die Einhaltung der üblichen Geschäftszeiten verzichtet hat, siehe *Heun*, Elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595.

959 Voreilig daher z.B. *Heinemann*, Neue Formvorschriften im Privatrecht – Ein Jahr „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr", ZNotP 2002, 414.

960 *Koch*, Internet-Recht (1998), 138.

961 Die Lesebestätigung eröffnet die entfernte Möglichkeit, dass der Empfänger behauptet, nicht er, sondern eine andere person habe die betreffende Email geöffnet. Dies ist indes keine valide Verteidigung. Immerhin war die Email adressiert an die Email-Adresse des Empfängers. Wer unter dieser operiert, obliegt der internen Organisation des Empfängers. Bei einem Brief, adressiert an eine namentliche Person unter deren Adresse, würde man den namentlich Benannten auch nur in den seltensten Ausnahmefällen damit hören, dass nicht er, sondern eine andere Person habe den Brief aus dem Briefkasten genommen Nicht anders verhält es sich mutatis mutandis mit der adressierten elektronischen Post, vgl. *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

962 http://office.microsoft.com/de-at/word/HP010746991031.aspx?pid=CH063563051031.

sowohl so eingestellt werden kann, dass solche Bestätigungen automatisch verschickt werden, in jedem Einzelfall der Versand gesondert bestätigt werden muss, als auch dass solchen Anfragen grundsätzlich nicht nachgekommen wird[963]. Mindestvoraussetzung ist hierbei, dass Absender und Empfänger über den gleichen Email-Client verfügen oder zumindest über einen solchen, der dieselbe Zeile im Header als Aufforderung zum Versand einer Lese- bzw. Empfangsbestätigung verwendet[964]. Sofern der Email-Client des Empfängers das Format des Absenders nicht unterstützt, übermittelt der Mail-Server des Providers automatisch eine nicht näher spezifizierte Empfangsbestätigung, welche in diesem Fall lediglich die Ablage in der Mailbox (und damit eine Eingangsbestätigung) signalisiert.

b) Funktionsweise der Internet-Kommunikation

Das Instant-messaging bzw. der Internet-Chat funktioniert aus technischer Sicht auf derselben Basis wie die Email-Kommunikation. Hierbei wird online über das Internet kommuniziert, indem zwei Computer eine ständige direkte Verbindung miteinander aufbauen (stream). Anschließend können schriftliche Nachrichten verschickt werden, die der Adressat sofort auf seinen Bildschirm ablesen und direkt darauf antworten kann. Der Chat ist somit einem Telefongespräch sehr ähnlich. Allerdings erlangt er im Normalfall keine rechtsgeschäftliche Bedeutung, da die Beteiligten einerseits nicht mit ihrem wirklichen Namen auftreten, sondern so genannte „nicknames" wählen und unter diesen Pseudonymen chatten. Eine Identifikation der Gesprächspartner ist daher nur schwer möglich[965]. Andererseits ist diese Kommunikationsart aufgrund ihrer Volatilität in der Praxis ungeeignet, rechtlich erhebliche Willensäußerungen kund zu geben. Da darüber hinaus –

---

963 Aus diesem Grund hat eine angeforderte Lesebestätigung keinen Einfluss auf die tatsächliche Kenntnisnahme. Erhält der Absender eine Lesebestätigung, so weiß er, dass der Empfänger seine Email geöffnet (und gelesen) hat. Dies gilt jedoch nicht in umgekehrter Richtung. Sofern der Absender eine angeforderte Lesebestätigung nicht erhält, heißt das nicht zwingend, dass seine Email nicht gelesen wurde. Da der Absender im Normalfall nicht weiß, wie der Empfänger einer Nachricht seinen Email-Client konfiguriert hat, bleibt er über den Hintergrund der Ausbleibens der angeforderten Bestätigung im Unklaren, vgl. *Baum*, Vertragsabschluss 127.

964 Da es sich bei den verschiedenen Email-Clients um proprietäre Systeme handelt, sind diese nicht immer zueinander kompatibel. In der Praxis funktionieren Lese- und Empfangsquittungen meist nur innerhalb von gleichen Diensten, also beispielsweise nur zwischen Beteiligten, die beide AOL, MSN oder Compuserve verwenden oder bei gleichen Clients, wie z.B. Outlook, Netscape Messenger oder Eudora, vgl. *Baum*, Vertragsabschluss 185, insbesondere die dortige FN. 240.

965 *Sykora*, e-mail, AnwBl 1999, 540 (dort FN 2).

soweit ersichtlich – diese Kommunikationsform noch niemals Gegenstand eines gerichtlichen Urteils war, bleibt sie in der weiteren Erörterung unberücksichtigt.

c) Funktionsweise des Computerfax

Das Computerfax steht weniger für ein eigenständiges Kommunikationsendgerät, sondern vielmehr für eine Nutzungsmöglichkeit eines Computers. Mittels einer Software übernimmt der Computer die Funktion eines Faxgeräts und wandelt digitale in analoge Signale (oder umgekehrt) um. Durch diese Umwandlung können analoge Telefaxtechnik und digitale Computertechnik kommunizieren, womit eine größtmögliche Kombinationsmöglichkeit der verschiedenen Kommunikationstechniken erreicht wird.

So kann eine digitale Nachricht mittels der Faxsoftware in analoge Signale umgewandelt und über ein analoges Leitungsnetz versandt werden. Je nach eingesetzter Technik beim Empfänger wird die analog übermittelte Nachricht auf dem analogen Telefaxgerät des Empfängers ausgedruckt oder nach erneuter Umwandlung durch eine Faxsoftware auf dem Computer dargestellt. Dem Empfänger hat anschließend wie bei der Email die Möglichkeit, das erhaltene Telefax auszudrucken, zu löschen oder abzuspeichern. Auf ähnliche Art und Weise können digitale Telefaxgeräte mit ISDN-Technik über so genannte Gateways[966] mit analogen Telefaxgeräte kommunizieren oder Emails des Senders als Fax beim Empfänger einlangen (Mail2Fax[967]), was wiederum auch umgekehrt möglich ist (Fax2Mail[968]).

3) Zwischenergebnis zur technischen Funktionsweise

a) Unmanipulierte Telefaxbestätigung bei direkter Übertragungsweg

Aus der dargestellten Funktionsweise der einzelnen Übertragungsmedien ergibt sich, dass Sende- und Empfangsgerät vor Ausdruck eines OK-Vermerks

---

966 Zu diesem Zweck nimmt ein Gateway eine Protokollumsetzung vor. Dem Gateway ist dabei alles erlaubt, was zur Konvertierung der Daten notwendig ist, auch das Weglassen von Informationen, können diese im Zielnetz nicht transportiert werden. Im Detail werden sämtliche Protokollinformationen, die an ein Datenpaket angehängt werden (z.B. IPX/SPX), entfernt und durch andere (z.B. TCP/IP für das Internet) ersetzt. Daneben gibt es auch Gateways für zahlreiche andere Verwendungszwecke, etwa SMS Gateways (E-Mail u.a. zu Short Message Service), Fax zu E-Mail, E-Mail zu Sprache etc, vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Gateway.

967 Siehe http://de.wikipedia.org/wiki/Mail2Fax.

968 Siehe http://de.wikipedia.org/wiki/Fax2Mail.

miteinander kommunizieren und in beide Richtungen Informationen austauschen. Durch diese Interaktion ist gewährleistet, dass der Ausdruck eines OK-Vermerks erst nach einer dementsprechenden „Freigabe" des Empfangsgeräts erfolgt. In keinem Fall wird eine Bestätigung schon nach Abgabe der Willenserklärungen ins Leitungsnetz ausgedruckt. Demzufolge gehen diejenigen Ansichten fehl, die in der Sendebestätigung des Telefaxgeräts lediglich einen dokumentierten Vorgang aus der Sphäre des Erklärenden sehen[969].

b) Unmanipulierte Bestätigung bei digitaler Übertragung via Computerverbund

Auch bei der digitalen Übertragung mittels eines Computerverbunds oder Rechnernetzes, wie es das Internet darstellt, findet ein Informationsaustausch in beide Richtungen zwischen Empfangs- und Sendegerät statt.

Während jedoch bei der direkten (analogen oder mittels ISDN-Technologie digitalen) Übertragung von Telefaxnachrichten lediglich aufgrund des MCF-Signals[970] ein Sendebericht durch das Endgerät des Absenders erstellt wird, wird bei der Kommunikation über das Internet die Bestätigungsnachricht durch das Empfangsgerät generiert und zurück an das Sendergerät übertragen. Damit lassen sich funktionell dem Empfangsjournal des Empfängergeräts beim Fax vergleichen, allerdings eben mit dem Unterschied, dass sie nicht in der Sphäre des Empfängers, sondern in jener des Erklärenden angefertigt werden. Hinzu kommt, dass der Empfänger auf die Art der versandten Bestätigung Einfluss nehmen kann. Je nach Client kann er diese Funktion vollständig abschalten, oder die Einstellung vornehmen, dass jeder Versand einer angeforderten Empfangs- oder Lesebestätigung zuvor von ihm genehmigt werden muss.

Schon die Email-Eingangsbestätigung müsste deshalb vom Beweiswert her über dem Faxempfangsprotokoll stehen, erst recht die Lesebestätigung[971]. Bei Emails fehlen zudem einige typische Fehlerquellen, die beim Telefax auftreten können, nämlich das Senden der leeren Rückseite, der gleichzeitige Einzug mehrerer Blätter und der aufgebrauchte Toner beim Empfangsgerät[972]. Einer Ansicht,

---

969 So aber beispielsweise *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

970 Vgl. hierzu FN 952.

971 Ebenso *Wally* in *Löwenheim*/*Koch*, Praxis des Online-Rechts (1999) 184; *Herwig*, Zugang und Zustellung in elektronischen Medien, MMR 2001, 145.

972 Eine prägnante Aufzählung der denkbaren Fehlerquellen beim Fax ist zu finden bei

welche die inhaltliche Aussagekraft einer nicht manipulierten Bestätigung anzweifelt, wäre daher nicht zu folgen.

c) Ausdruck bei unmanipulierter Bestätigung obsolet

Auch die Frage nach der Notwendigkeit eines Ausdrucks, wie teilweise im deutschen und österreichischen Rechtskreis gefordert, erübrigt sich. Das Telefaxgerät des Empfängers bzw. das von ihm eingesetzte Email-Programm hat nach Erhalt der Mitteilung dem Kommunikationsmedium des Absenders den ordnungsgemäßen Eingang der Mitteilung bestätigt. Damit wurde dem Empfänger mitgeteilt, dass die Nachricht ordnungsgemäß in den Herrschaftsbereich des Empfängers eingelangt ist. Auf einen fehlerhaften oder unleserlichen Ausdruck kann sich der Empfänger somit bei Vorliegen eines positiven Sendeprotokolls nicht berufen[973].

Dieses Ergebnis trifft nicht nur für die Faxkommunikation mittels direktem (analogen oder digitalen) Übermittlungskontakt zu, sondern auch für die unverkörperte Übermittlung von Willenserklärungen über ein Rechnernetz. Sofern sich aus einer seitens des Empfängers eingestellten Nachricht (*Auto response* oder *Out-of-office message*) nichts anderes ergibt, ist der Zugang unabhängig von einem nachgelagerten Ausdruck zu bejahen, wenn eine Lesebestätigung verschickt wurde.

Für eine Eingangsbestätigung bemisst sich der Zugang bzw. die Kenntnisnahmemöglichkeit anhand der jeweiligen technischen Gegebenheiten. Unabhängig von der jeweiligen technischen Umsetzung im Einzelfall stellt sich für den elektronischen Nachrichtenverkehr allein die Frage, ob dem Empfänger eine eigene IP-Adresse zur Verfügung steht oder ob er die Dienstleistung eines Internet-Providers in Anspruch nimmt.

Besitzt der Adressat einen eigenen Server mit eigener IP-Adresse, wird die Nachricht bei Eintreffen direkt in seinen Herrschaftsbereich gespeichert, da der Server direkt in seinem Herrschaftsbereich steht. In diesem Fall ist der Zugang mit Eintreffen der Email oder des elektronischen Telefax erfolgt, der Zeitpunkt der Kenntnisnahme wird, sofern die Nachricht nicht zuvor gelesen wird, anhand

---

Schneider, Was gibt's Neues? MDR 1999, 193.

973 Hierunter fallen auch Fehlerquellen wie die leere Druckerpatrone etc.

der oben unter VIII) dargestellten Kasuistik fingiert.

Nutzt der Adressat die IP-Adresse eines gewerblichen Anbieters (Providers), wird die Nachricht zwar zuerst in der Mailbox des Empfängers auf dem Rechner des Providers gespeichert, bevor sie der Adressat vom Rechner des Providers auf seinen Rechner herunterlädt und anschließend auch aufrufen kann. Da eine Eingangsbestätigung aber erst dann erstellt wird, wenn der Empfänger sein Email-Konto öffnet, bedeutet dies lediglich eine Verlängerung des zeitlichen Ablaufs, aber keine Änderung der rechtlichen Bewertung. Selbst wenn eine Eingangsbestätigung bereits dann versendet würde, wenn die Email zwar schon im Email-Account des Empfängers gespeichert wurde, sich aber noch auf dem Server des Providers befindet, ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Hat der Empfänger seine Emailadresse für den Rechtsverkehr eröffnet, hat er die Obliegenheit, dieses Kommunikationsmedium regelmäßig auf den Eingang neuer Nachrichten zu überprüfen. Zudem wäre der Provider in dieser Fallgestaltung als Empfangsbote anzusehen mit der Folge, dass dieser zur Entgegennahme rechtlich erheblicher Willenserklärungen durch den Empfänger befugt ist[974].

Sofern jedoch eine nicht manipulierte Sendebestätigung eines Telefax oder eine Eingangs- oder Lesebestätigung eines Email-Clients vorliegt, ist ein Ausdruck der Mitteilung aber nach keiner Fallgestaltung notwendiger Voraussetzung für den erfolgreichen Zugang. Also kann es auch bei der Beweisbarkeit nicht auf die Tatsache ankommen, ob die Mitteilung ausgedruckt wurde.

XII) Eigene Stellungnahme zum Beweis der unverkörperten Übermittlung und des Schriftformerfordernisses

Wie dargelegt, bieten sowohl die elektrischen, als auch die elektronischen Kommunikationsmedien eine ausreichende technische Zuverlässigkeit, um die Regelmäßigkeit im Sinne eines Anscheinsbeweises zu erfüllen. Weiterhin kommt es für den Zugang nicht auf den Ausdruck der Mitteilung an, sondern lediglich auf die Möglichkeit der Perpetuierung.

Im Hinblick auf die Nutzung moderner Kommunikationsmedien verbleiben somit

lediglich drei Fragen: Erstens, wie die technische Übertragungssicherheit zu bewerten ist, zweitens, wie das Risiko der Manipulation von Empfangsbestätigungen einzuschätzen ist und drittens, ob und inwieweit durch die Übermittlung unverkörperter Willenserklärungen einem etwaigen Schriftformerfordernis genügt werden kann.

1) Technische Risiken bei der Übertragung

a) Analoge Übermittlung beim Telefax

Zwar ist richtig, dass beim direkten Übermittlungskontakt über ein analoges Leitungsnetz das Risiko von Leitungsstörungen besteht. Durch Erschütterungen oder ähnliche Einwirkungen kann es dazu kommen, dass die Kontaktverbindungen zwischen einzelnen Leitungsabschnitten für kurze Zeiträume im Millisekundenbereich offen sind und Teile des übermittelten Signalstroms verloren gehen. Auch durch die Telefonleitung selbst werden Interferenzen, Leitungsrauschen und Verzerrungen in das übermittelte Signal eingebracht.

Allerdings hat sich auch der technische Standard weiter entwickelt. Die Endgeräte sind qualitativ hochwertiger geworden, auch die Übertragungsstandards und die damit einhergehenden Fehlerquoten und -toleranzen wurden enger gefasst[975]. Die Fehlerquote der ersten Generation von Faxgeräten mit Thermopapier[976] war signifikant höher als diejenige der heutigen Tintenstrahl- oder Laserdruck-) Geräte. Auch die grundsätzlich seltenen Leitungsstörungen sind durch die Nutzung von ISDN noch unwahrscheinlicher geworden. Durch eingebaute digitalen Speicher, das vorherige Scannen der Blätter und das HDLC-Übertragungsverfahren[977] wurde die Fehlerquote bei der Übertragung noch weiter verringert. Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob der Empfänger weiterhin vor dem Beweis der negativen Tatsache[978] in Form der fehlgeschlagenen Übermittlung geschützt werden muss. Vielmehr haben sich die Übertragungsfehler so weit verringert, dass sich die Risiken bei der Übertragung

---

974 Vgl. hierzu die Ausführungen unter FN 106.
975 Nach T.4 (± 1 % Toleranz), vgl. FN 951.
976 OLG Köln, 06.06.1988 – 6 W 48/88.
977 High Level Data Link Control: Technik zur Überprüfung von Übertragungsfehlern.
978 Vgl. zur Beweislast über den Erhalt von Postsendungen: BGH, Urt. v. 13.05.1987 – VIII ZR 137/86.

und die daran anknüpfenden rechtlichen Folgen nicht mehr auf die Urteile in den 90er Jahren stützen lassen. Es ist daher zu hoffen, dass die Judikative der einzelnen Länder der technischen Entwicklung auf dem Gebiet der Telekommunikation in den nächsten Urteilen Rechnung tragen wird.

b) Digitale Übermittlung via Rechnernetze

Aufgrund der Entstehungsgeschichte des Internets ist die Übertragung über dieses Rechnernetz in technischer Hinsicht als besonders zuverlässig zu klassifizieren. Eine auf technische Risiken bei der digitalen Übermittlung gestützte Argumentation gegen die Übertragung unverkörperter Willenserklärungen wurde daher – soweit ersichtlich –auch noch nicht geführt.

2) Manipulationsrisiko bei analoger und digitaler Übermittlung

a) Analoge Übermittlung via Telefax

In der Tat besteht die Möglichkeit, die Angaben des Absenders ohne größeren Aufwand zu manipulieren. Anders als beim Teletexdienst der Deutschen Post[979] können bei normalen Faxgeräten in der Menüführung das Datum, die Uhrzeit und die Sendenummer frei gewählt werden und müssen mit der echten Adresse und der amtlichen Telefonnummer nichts zu tun haben. Auch bei der Installation von Fax-PC-Karten wird der Anwender gefragt, unter welchem Namen und welcher Faxnummer er seine Dokumente senden möchte[980]. Es lässt sich darum mit einem Telefaxdokument nicht belegen, dass die Botschaft von einem bestimmten Anschluss gekommen sein muss (Anschlussauthentizität)[981].

Mit Hilfe eines zweiten Telefonanschlusses lassen sich sowohl Sende- als auch Empfangsprotokolle fälschen. Da der Sendebericht lediglich die einprogrammierten Daten Datum und Uhrzeit des Sendegeräts und übermittelte (nicht tatsächlich gewählte!) Faxnummer des Empfangsgeräts festhält, kann dieser durch vorheriges Präparieren beider Faxgeräte willkürlich erstellt werden. Sogar eine direkte Verbindung beider Telefaxgeräte ohne Einwahl in das öffentliche Telefonnetz ist möglich. Der Wahlvorgang ist dabei funktionslos, stört aber das

979 Vgl. *Buckenberger*, Teletex, DB 1982, 634.
980 *Wanke*/*Müller*, Fax! CHIP 1992, 86.
981 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

Zustandekommen der Verbindung nicht[982]. Aus diesen Gründen eröffnen vor allem Kreditinstitute den Übertragungsweg von Aufträgen per Telefax nur auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden und beschränken somit Ihre Haftung für Schäden bei der Bearbeitung von Telefaxaufträgen auf grobe Fahrlässigkeit[983].

Dieses Manipulationsrisiko besteht und kann aufgrund der standardisierten Technik auch nicht ausgeschlossen werden. Insbesondere bei Emails mit einer Unterschrift in Form einer kopierten Bilddatei, ein mit Bilddatei der Unterschrift erstelltes und versandtes Computerfax oder durch spezielle Softwareprogramme erstellte Bilddateien mit Willenserklärungen (*.pdf-Dateien*) ist die Erstellung einer gefälschten Willenserklärung keine Schwierigkeit.

Verfehlt wäre aber meines Erachtens, mit dem Hinweis auf das Manipulationsrisiko den automatisch generierten Bestätigungen (jeglichen) Beweiswert abzusprechen. Kommunizieren die Parteien z.B. via Telefax, haben sie für sich dieses Medium als Kommunikationsweg eröffnet[984]. Damit akzeptieren sie nach meinem Dafürhalten gleichzeitig die mit dieser Kommunikationsart verbundenen Risiken.

Kann die beweisbelastete Partei ihr Sendejournal nicht vorlegen (bzw. zur Erschütterung der Aussagekraft des präsentierten Sendejournals das eigene Empfangsjournal), dann kann sie den Beweis nicht erbringen oder einen Anscheinsbeweis nicht entkräften Hierbei handelt es sich aber um ein allgemeines Prozessrisiko.

Agiert der Prozessgegner mit einem manipulierten Faxjournal, so ist auch diese Fallgestaltung– wenn auch in einer sehr speziellen – Hinsicht ein Prozessrisiko, welches nicht unmittelbar mit der Beweiskraft von Sendeberichten zusammen hängt. Dass Prozessparteien teilweise versuchen, das erkennende Gericht mittels eines verfälschten Beweisstücks zu täuschen, ist allen Beweismitteln immanent.

Erscheint dem Verwender dieses Manipulationsrisiko in gradueller Hinsicht als zu hoch, hat er entweder die Möglichkeit, sich rechtlich erhebliche Willenserklärungen im Original schicken zu lassen oder er darf das jeweilige

---

982 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.
983 Siehe z.B. das Formular bei http://www.nestor-fonds.de/infoline/download/formulare/auftragw.pdf.
984 vgl. FN 632, 691, 848.

Kommunikationsmedium nicht für den Rechtsverkehr zu öffnen[985]. Der Empfänger muss sich ja nicht mit einer per Telefax oder Email übermittelten Willenserklärung „zufrieden geben". Nach dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* kann der Beteiligte jedoch nicht einerseits ein Kommunikationsmedium zur Abwicklung seiner Rechtsgeschäfte verwenden und sich andererseits in einem gerichtlichen Prozess darauf berufen, dass die durch erstellten Sendeberichte gerichtlich nicht verwertbar seien.

Da Formzweckerwägungen somit nicht gegen die Wirksamkeit der Telefaxbürgschaft sprechen, greift der zentrale zivilrechtliche Grundsatz des „*pacta sunt servanda*" wieder ungehindert ein – der Absender muss sich an seine Willenserklärungen festhalten lassen, die er in den Rechtsverkehr entäußert hat[986].

b) Digitale Übermittlung via Rechnernetze

Die Übertragung mittels digitaler Medien unterliegt grundsätzlich einem höheren Manipulationsrisiko, da die Nachrichten nach Belieben erstellt werden können.

Dieser leichten Veränderung oder Erstellung einer gefälschten Bestätigung stehen allerdings die bereits dargestellten Interaktionstechniken des Internet in Form der Übertragung des TCP/IP-Protokolls und des Routing-Verfahrens gegenüber. Sie erschweren oder verhindern zwar eine Verfälschung von Mitteilungen nicht, erlauben aber eine leichte Nachprüfbarkeit von Veränderungen durch sog. *log files*. Die Übertragung wird durch die Adressierung der einzelnen Datenpakete durch die Router und Gateways des Internets an vielen verschiedenen Punkten erfasst und damit „protokolliert". Ob eine digitale Empfangs- oder Lesebestätigung ge- oder verfälscht wurde, lässt sich anhand dieser log files sowohl inhaltlich, als auch in Bezug auf den Zeitpunkt und den Transportweg sehr leicht überprüfen. Hinzu kommt, dass die IT-Infrastruktur der Router nicht im Eigentum des Absenders oder des Empfängers stehen und somit seiner Verfügungsgewalt entzogen sind. Das Internet bietet mit den log files damit sogar Rückkopplungsmechanismen, die im Vergleich zu Sendeprotokollen analoger Telefaxgeräte fehlen[987].

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass auch die gegen einen Anscheinsbeweis ins

---

985 So auch schon *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007.
986 Vgl. auch *Bydlinski*, Übermittlung per Telefax, ZEuP 1997, 1135.

Feld geführten Manipulationsrisiken auf den zweiten Blick nicht ausreichend substantiiert sind, um einer automatisch generierten Bestätigung die Aussagekraft abzusprechen.

3) Unverkörperte Übermittlung und Schriftformerfordernis

Jeder Formvorschrift liegen bestimmte Ordnungsziele des Gesetzgebers zugrunde, die sich im Wesentlichen in Seriositätsfunktionen und Beweisfunktionen untergliedern[988]. Die Schriftlichkeit im Sinne der Seriositätsfunktion soll geschäftlich unerfahrene Personen wirksam vor Übereilung schützen. Gerade für den Laien verbindet sich mit der Schriftform die Vorstellung, dass damit die Sphäre unverbindlicher Verhandlungen verlassen ist und es nunmehr darum geht, ob er eine echte geschäftsmäßige Bindung eingehen will oder nicht. Im Sinne der Beweisfunktion erleichtert die Schriftlichkeit nicht nur den Nachweis des Abschlusses des Vertrages, sondern auch dessen Inhalt. Durch die Niederschrift wird die – praktisch nur schwer zu widerlegende – Vermutung begründet, dass in ihr die getroffenen Vereinbarungen vollständig und richtig sind[989].

Die Formvorschriften im romanischen Rechtskreis Kontinentaleuropas verfolgen im Wesentlichen Beweisfunktionen. Fehlt es an der vorgeschriebenen Form, so führt dies in der Regel nicht zur Unwirksamkeit des Geschäfts, sondern lediglich zur Erschwerung seiner Beweisbarkeit, wie z.B. durch den Zeugenbeweis[990].

Ganz anders dagegen die Systeme des deutschen und insbesondere des österreichischen Rechtskreises. Zwar verfolgen auch sie Beweisfunktionen, diese

---

987 *Herwig*, Zustellung, MMR 2001, 145.

988 *Zweigert*/*Kötz* Einführung 360. Solche Formzwecke können sein: Beweissicherung, Übereilungsschutz, Gläubigerschutz oder Schutz sonstiger Dritter durch Erschwerung von Scheingeschäften, Sicherung fachmännischer Beratung (NZwG = Notariatszwangsgesetz), damit zugleich Klarstellung; evtl. Sicherung der Überwachung (s.a. OGH 05.03.1987, 7 Ob 621/86 zum Sbg JagdG (SZ 60/40)); manchmal auch rein fiskalische Interessen. Oft liegen mehrere Zwecke zugleich dem Formgebot zugrunde, vgl. *Rummel* in *Rummel* § 886 Rz 8.

989 Sehr anschaulich wurden die Vorteile der Form in den Motiven zum deutschen BGB beschrieben: „Die Notwendigkeit der Beobachtung einer Form ruft bei den Beteiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das juristische Bewusstsein, fordert zur besonnenen Überlegung heraus und gewährleistet die Ernstlichkeit der gefassten Entschließung. Die beobachtete Form ferner stellt den rechtlichen Charakter der Handlung dar, gleich dem Gepräge einer Münze, als Stempel des fertigen juristischen Willens und setzt die Vollendung des Rechtsaktes außer Zweifel. Die beobachtete Form sichert endlich den Beweis des Rechtsgeschäftes, seinem Bestande und Inhalte nach für alle Zeit; sie führt auch zur Verminderung oder doch zur Abkürzung und Vereinfachung der Prozesse". Vgl. *Zweigert*/*Kötz* Einführung 361.

990 Wenngleich der Zeugenbeweis vor Gericht grundsätzlich eher unerwünscht ist, weil als notorisch unzuverlässig angesehen wird, vgl. *Zweigert*/*Kötz* Einführung 365.

Beweisfunktionen sind aber gegenüber der Seriositätsfunktion nur von untergeordneter Bedeutung. Dies zeigt sich vor allem daran, dass der Formmangel in beiden Rechtskreisen stets zur Ungültigkeit des Geschäfts führt – selbst dann, wenn im Einzelfall die Abgabe der streitigen Erklärung oder die Übereinstimmung des Vertragswillens der Parteien mit äußerster Sicherheit bewiesen werden könnte[991].

a) Grundsätzliches Erfordernis der Unterschriftsform

Fraglich ist, ob das Unterschriftserfordernis überhaupt noch zeitgemäß ist. Das scheinbar einfache Unterschriftserfordernis besteht mittlerweile nicht nur in Deutschland[992], sondern auch in Österreich[993] aus einer Vielzahl kaum noch überschaubarer Einzelsätzen. Zudem wird deren Befolgung durch die unterschiedliche Handhabung in den einzelnen Verfahrensordnungen noch zusätzlich erschwert. In England dagegen haben solche Diskussionen – und damit auch Rechtsstreitigkeiten zu dieser Thematik – nur untergeordnete Bedeutung.

Die Benachteiligung der herkömmlichen, schriftlichen Erklärungen gegenüber modernen Telekommunikationsmedien (z.B. elektronischen Dokumenten, für welche die elektronische Signatur nur Sollerfordernis sein soll) einerseits, sowie die Ungleichbehandlung annähernd gleicher Sachverhalte (Fernkopie-Fotokopie; Faksimilestempel – gescannte Unterschrift) und Übermittlungstechniken (Telegramm – Telekopie; Computerfax – elektronisches Dokument) führt zu einer Zerfaserung an die Anforderungen an das Unterschriftserfordernis. Die hieraus entstehende erhebliche Ungleichbehandlung ist im Hinblick auf den in allen Rechtsordnungen verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz[994] nur noch schwerlich zu rechtfertigen.

Insbesondere ist auch nicht nachzuvollziehen, warum die unverkörperte Übermittlung mit Behörden und Gerichten anders rechtlich behandelt werden soll als zwischen Privatpersonen[995]. Durch die umfangreichen Ausnahmen und die

991 *Zweigert*/*Kötz* Einführung 365.
992 Vgl die Ausführungen unter VII) 1) a) (1).
993 Vgl die Ausführungen unter VII) 2) a) (1).
994 Für Deutschland vgl. *Stadler* in Musielak, ZPO (2005) § 129 Rz 9; *Greger* in *Zöller*, § 130 Rz 21.
995 Vgl die Ausführungen unter X) 1) a).

Anhaltspunkteformel des BVerwG[996] haben die Anforderungen an die Ausstelleridentität ohnehin de facto ihre Geltung fast völlig eingebüßt. Äußerungen im deutschen Gesetzgebungsverfahren zum FormAnpG deuten ebenfalls darauf hin, dass das Unterschrifts- wie Signaturerfordernis nur als Sollvorschrift angesehen wurde[997].

Ganz allgemein verlangt das rechtsstaatliche Prinzip ein Mindestmaß an Zugänglichkeit und Verständlichkeit genereller Rechtsnormen. So verlangt das deutsche Bundesverfassungsgericht, dass eine Norm dem Rechtsanwender durch „Klarheit, Gleichheit und innere Logik" den korrekten Weg aufzeigen soll[998].

Auch nach dem österreichischen OGH hat sich insbesondere der Gesetzgeber klar und allgemein verständlich zu äußern, müssen sich doch die Normadressaten ohne große Verständnisprobleme gesetzeskonform verhalten können. Nach seiner Auffassung entspricht eine Regelung diesen Anforderungen entspricht nicht, zu deren Sinnermittlung subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Fähigkeiten und Erfahrung sowie archivarischer Fleiß erforderlich sind. Ist daher eine Vorschrift nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben verstehbar, verlässt sie den Boden des rechtsstaatlichen Prinzips[999].

Gleiches muss für den Fall gelten, wenn eine rechtliche Voraussetzung durch die Rechtsprechung des jeweiligen Landes so ausdekliniert wird, dass ein Leitfaden für den Rechtsanwender nicht mehr erkennbar ist. Die Folge wäre dann entweder eine willkürliche Rechtsprechung, die sich fallweise je auf vorangegangene Urteile in die eine in die andere Richtung stützt. Der beabsichtigte Schutzzweck der individuellen Norm würde von der Formvorschrift entkoppelt, die geforderte Schriftform nur noch sinnentleert aus dem Grund des Selbstzwecks eingehalten[1000].

b) <u>Unverkörperte Übermittlung der Bürgschaftserklärung</u>

Das Paradebeispiel zum drohenden Selbstzweck der Unterschrift ist aus deutscher

---

996 vgl. FN 204.
997 BT-Drs 14/4987 S. 43 (BReg) und S. 36 (BR); *Greger* in *Zöller*, § 130 Rz 21.
998 BVerfG, Beschl. v. 05.03.1990 – 1 BvR 232/89 (BVerwGE 74, 228, 234; NJW 1991, 417).
999 OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g.

und österreichischer Sicht die Fallgestaltung der unverkörperten Übermittlung der Bürgschaftserklärung per Telefax.

Die Ansichten der beiden obersten Gerichtshöfe nimmt im europäischen Vergleich eine Extremposition ein. In keinem anderen europäischen Land wäre die schriftlich unstreitig (!) ausgefertigte Bürgschaft deshalb für unwirksam gehalten worden, nur weil sie per Telefax übermittelt wurde[1001].

Unstreitig ist aber der Schutzzweck der Norm der Übereilungsschutz des Bürgen vor vorschnellen, unbedachten Handlungen.

Zerlegt man die Bürgschaftserteilung in die einzelnen Handlungsabschnitte, so erfolgt die Erstellung des Bürgschaftsoriginals – unabhängig von der nachfolgenden jeweiligen Übermittlung – stets gleich auf demselben Weg: Der Bürge unterschreibt die Urkunde. Anschließend beabsichtigt der Bürge, die Urkunde in den Rechtsverkehr zu entäußern. Stehen ihm hierbei mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, so kann er das Kommunikationsmittel verwenden, das ihm in der jeweiligen Situation am geeignetsten erscheint. Wählt er das Telefax, so könnte die formgerechte Erstellung der Bürgschaftsurkunde einerseits und die anschließende Übermittlung in Entäußerungsabsicht andererseits getrennt zu betrachten sein mit der Folge, dass der Schutzzweck der Norm die Übermittlung nicht mehr umfasse[1002].

Diese Problematik versucht die deutsche Rechtsprechung damit zu umgehen, dass sie mit dem Wortlaut des Gesetzes auf die „Erteilung" abstellt. Problematisch an dem Fokus der Rechtsprechung ist aber bereits, dass hier das Schuldrecht unpassenderweise durch die sachenrechtliche Brille gesehen wird. Gleiches gilt für die Formulierung, der Gläubiger müsse über die Urkunde „verfügen" können[1003]. Dass eine sachenrechtliche Komponente an dieser Stelle gerade nicht ausschlaggebend sein kann, zeigt sich an der Diskussion um die Innehabung bzw. die Rückgabe der Bürgschaftsurkunde. Hat der Gläubiger die Bürgschaftsurkunde

---

1000 Ebenso OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.

1001 Vgl. Flessner in: http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/flessner-axel-2001-07-09/PDF/Flessner.pdf; *Bülow*, Zu den formellen Voraussetzungen einer Bürgschaftserklärung, Anm. zu BGH, 28.01.1993 – IX ZR 259/91 (ZEuP 1994, 493); *Bydlinski*, Übermittlung per Telefax, ZEuP 1997, 1135.

1002 Vgl. hierzu schon die Ausführungen unter FN 553.

1003 So z.B. *Stadler* in *Jauernig*, § 766 BGB Rz 4; *Herrmann* in *Erman*, BGB § 766 Rz 7; *Reinike*/*Tiedke*, Bürgschaftsrecht[2] (2000) Rz 60.

(im Original) einmal in den Händen gehalten, so erlischt die Bürgschaftsverpflichtung unstrittig nicht, wenn der Gläubiger die Bürgschaft ziehen will, selbst wenn er nicht mehr im Besitz der Urkunde ist (der Bürgschaftsvertrag aber noch wirksam ist)[1004].

Zudem ist meines Erachtens fraglich, ob der Begriff „Erteilung" eine erfolgsabhängige Komponente beinhaltet. Wertet man den Versuch der Entäußerung via Telefax in der strafrechtlichen Terminologie als „untauglichen Versuch", fragt sich, ob dieser Lebenssachverhalt anders zu beurteilen wäre als ein „tauglicher Versuch" durch den Einwurf in den Postkasten. Derjenige, der eine Urkunde unterfertigt und losfaxt, ist nicht weniger vor den Konsequenzen gewarnt als derjenige, der die Erklärung in ein Briefkuvert steckt und in den Briefkasten wirft[1005].

Ich bin daher der Auffassung, dass die Erteilung im Sinne des § 766 dBGB bereits mit der willentlichen Entäußerung in den Rechtsverkehr abgeschlossen ist, sofern die Bürgschaft – auf welchem Weg auch immer – nachfolgend die Sphäre des Adressaten erreicht hat. Daher halte ich den besonderen Schutzzweck des § 766 S. 1 dBGB (Schutz vor Übereilung) bzw. für den österreichischen Rechtskreis des § 1346 Abs. 2 ABGB auch bei der Übermittlung via Telefax für nicht gefährdet.

In einem anderen Fall hatte der 8. Senat des deutschen BGH durchaus ebenfalls in diese Richtung argumentiert: Er ließ die Übersendung einer Ausfertigung in Form einer beglaubigten Abschrift ausreichen, obwohl die gesetzliche Pflicht zur notariellen Beurkundung bestand (§ 15 Abs. 4 GmbHG). Nach Ansicht des BGH sei die gesetzliche Form der notariellen Beurkundung gewahrt worden, da es sich bei der Übermittlung „bloß" um eine Problematik des Zugangs handele, über welche aber rechtsgeschäftlich disponiert werden könne[1006].

Überträgt man diese Argumentation auf die Bürgschaft, so hat der Bürge die Bürgschaft formell wirksam erstellt, sie dem Gläubiger anschließend per Telefax übermittelt und sich der Gläubiger sich mit dem Zugang einer bloßen Telekopie

---

1004 BGH, Urt. v. 23.05.1985 – IX ZR 102/84 (BGHZ 94, 380).
1005 Ebenso *Bydlinski*, Übermittlung per Telefax, ZEuP 1997, 1135
1006 BGH, Urt. v. 07.06.1995 – VIII ZR 125/94.

zufrieden gegeben (und damit einverstanden erklärt)[1007]. Die Übermittlung des Originals wurde hierbei aus Sicht eines unbeteiligten Dritten durch eine konkludente rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Übertragungsart abbedungen und die Übertragung per Telefax von den Beteiligten als wirksame Begründung eines Bürgschaftsverhältnisses angesehen. Andernfalls ist nicht zu erklären, warum der Gläubiger zuerst eine Bürgschaft fordern, anschließend auf deren (unwirksame) Erteilung leisten sollte.

Schließlich ist anzumerken, dass die Erteilung der Originalurkunde auch im deutschsprachigen Rechtsraum nicht ausnahmslos die Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen der Bürgschaft ist. In Einzelfällen hatten sowohl das Reichsgericht, als auch der Bundesgerichtshof die Überlassung einer Abschrift der schriftlichen Bürgschaftserklärung zu deren Erteilung ausreichen ließen[1008].

c) <u>Gleichsetzung der Schriftform mit der Unterschriftlichkeit</u>

Für den österreichischen Rechtskreis soll bei der Einordnung des Mediums „Telefax" weniger die Frage der Schriftlichkeit, sondern die fehlende „eigenhändige" Unterschrift auf dem Dokument ausschlaggebend sein.

Versteht man die Frage nach der Schriftlichkeit im Sinne einer echten Schriftform („Unterschriftlichkeit"), so könnte man angesichts der bisherigen Rechtsprechung in Österreich davon ausgehen, dass diese ein Telefax nicht genügen lassen würde. Gerade hier ist bedarf es meines Erachtens aber einer dringenden Überprüfung der Argumentation des OGH.

Diese Auffassung halte ich angesichts der generellen Üblichkeit von Telefax-Mitteilungen im Geschäftsverkehr für fehlgehend. Die Verwendung von Telefaxgeräten ist bereits seit längerer Zeit Standard in der Kommunikation zwischen Geschäftspartnern. Die Telefaxtechnik hätte niemals einen so umfassenden Einzug in die moderne Kommunikation gefunden, wenn die Beteiligten diese Übermittlungstechnik ebenso unzuverlässig einstufen würden

---

1007 Ebenso *Bydlinski*, Übermittlung per Telefax, ZEuP 1997, 1135.

1008 RG, Urt. v. 04.11.1929 – VIII 350/29 (RGZ 126, 121); BGH, Urt. v. 28.11.1956 – V ZR 77/55 (LM BGB § 766 Nr. 1; WM 1957, 130), obwohl zuzugeben ist, dass in beiden Fällen die höchstrichterlichen Gerichte aufgrund der sehr speziellen Fallgestaltung ausnahmsweise von dem Formzweck abgerückt sind. Der BGH bemerkte in seinem Urteil vom 28.01.1993 in BGH, Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91, dass zumindest die alleinige Übermittlung der Abschrift ohne eine Entäußerung der Urschrift zugunsten des Gläubigers zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 766 S. 1 BGB nicht ausreicht.

wie große Teile der Rechtsprechung. Daher ist eine Feststellung, die Übermittlung durch ein Telefax sei „nicht geschäftsüblich" ohne weitere Begründung so nicht (mehr) haltbar[1009]. Gerade die Kürze und die elastischen, großzügigen Regelungen des österreichischen ABGB erlauben hier eine zeitgemäße Auslegung ohne auf allzu detaillierte Bestimmungen wie z.B. in Deutschland („erteilen") Rücksicht nehmen zu müssen[1010].

XIII) Zusammenfassung und Ergebnis

1) Ergebnis zum Schriftformerfordernis

Die deutschsprachigen Rechtskreise haben Schwierigkeiten mit der Form.

Angesichts der einfachen und klaren Regelungen im angelsächsischen Rechtskreis erscheint die tiefschürfende Diskussion in Deutschland und Österreich zur Schriftform mehr als erstaunlich. Dies umso mehr, als durch die eingehende Beschäftigung mit der Form in Literatur und Rechtsprechung aus meiner Sicht keine Verbesserung, sondern viel eher eine Verunsicherung erzielt wurde.

Formerfordernis und die nachfolgende Übermittlung sollten getrennt betrachtet werden. Für erstere gilt, dass die Schriftform wirksam eingehalten wird, wenn die Urkunde im Original formell korrekt erstellt wird, anschließend willentlich in den Geschäftsverkehr entäußert wird und schließlich dem Adressaten in einer perpetuierbaren Form mit einer Unterschrift oder einem Unterschriftsbild zugeht.

Letzteres ist nicht der Fall bei der Verwendung von Telegramm und Telex. Zwar kann der Text der Vereinbarung mittels dieser Medien wortgetreu übermittelt werden. Sie sind allerdings nicht in der Lage, Schriftbilder zu übertragen und können daher auch keine Unterschriften übermitteln. Wählt der Sender diese Übermittlungsarten, so ist ihm bewusst, dass er ein Schriftformerfordernis bereits aufgrund der technischen Limitierung dieser Medien nicht erfüllen kann.

Anders verhält es sich beim Telefax, welches eine optisch getreue Nachbildung der Unterschrift zu übertragen vermag. Hier ist nach meiner Ansicht von einer formwirksamen Willenserklärung auszugehen, wenn der Gesetzeswortlaut die

1009 Ebenso zuvor schon *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436.

Schriftform verlangt. Gleiches gilt für den Fall, dass eine Kopie übermittelt wird (der Ersteller fertigt eine Originalurkunde aus, kopiert diese und versendet die Kopie). Auch in diesem Fall möchte der Absender die Willenserklärung in den Rechtsverkehr entäußern. Dass er zuvor – aus welchen Gründen auch immer – einen Zwischenschritt innerhalb seines Rechtskreises unternimmt, ist nach meinem Dafürhalten unerheblich. Der Absender weiß, dass der Adressat nicht unterscheiden kann, ob ein Original oder eine Kopie des Originals gefaxt wurde. Vertraut der Adressat daher auf die Validität der unverkörpert übermittelten Willenserklärung und trifft aufgrund der Telefaxmitteilung eine Vermögensdisposition, so ist der Absender an seine gefaxte Erklärung gebunden, auch wenn das individuelle Rechtsgeschäft die Schriftform voraussetzt.

Gleiches gilt nach meiner Ansicht für Unterschriftsbilder, wie beispielsweise einer kopierten Bilddatei unter eine Email, ein mit Bilddatei erstelltes und versandtes Computerfax oder ein durch spezielle Softwareprogramme erstellte Bilddateien von Willenserklärungen (*.pdf-Dateien*)[1011]. Auch hier kommt es darauf an, ob der Absender durch eine solcherart erstellte Mitteilung dem Empfänger eine Willenserklärung zukommen lassen wollte, die nach seiner Ansicht dem Schriftformerfordernis genügen solle. Schließlich ist für den Empfänger nicht erkenntlich, welches Kommunikationsmedium der Absender verwendet hat[1012] und ob es sich bei der übermittelten Willenserklärung um ein im Original unterschriebenes Schriftstück handelt.

Mir ist bewusst, dass diese Auffassung mit der gegenwärtigen Gesetzeslage in Deutschland (insbesondere seit der Abgrenzung der Textform von der Schriftform durch das Formanpassungsgesetz) nur schwerlich zu vereinbaren ist. Im Hinblick auf die österreichische Rechtslage wäre diese Ansicht jedoch ohne weiteres mit dem Normengefüge des ABGB vereinbar, würde man hier die Verkehrsüblichkeit iSd. § 886 S. 3 ABGB bejahen.

Insgesamt halte ich den Formzwang für bestimmte Geschäfte unumgänglich. Gleichzeitig ist es jedoch erforderlich, den Gerichten eindeutige Normen an die

---

1010 Vgl. FN 451.

1011 Vgl. auch *Fasching*, Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289.

1012 Wie bereits unter XI) 2) c) dargestellt, können Willenserklärungen durch Gateways von irgendeinem Ausgangsmedium auf (irgendein) Empfangsmedium geschickt werden. Allein aus der erhaltenen Mitteilung ist daher praktisch keine Echtheitskontrolle der Willenserklärung möglich.

Hand zu geben. Die Judikative muss (wieder) die Möglichkeit haben, den bereits angesprochenen „roten Faden" für den Rechtsanwender in Bezug auf die Schriftform herauszuarbeiten. Eine solche – in Deutschland erneute[1013] – Formanpassung müsste meines Erachtens im Lichte einer Liberalisierung erfolgen, damit die Formbedürftigkeit wieder mehr ihren Schutzzweck optimal zur Geltung bringen kann, als lästige Formalie den reibungslosen Ablauf von Rechtsgeschäften zu behindern[1014].

Aber auch die Rechtsprechung muss von ihrer starren Auffassung zur Schriftform und Unterschriftlichkeit abrücken. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die früheren Richter gegenüber (damals) neueren Kommunikationsmedien aufgeschlossener waren, wie aus einer Urteilsbegründung des deutschen Reichsgerichts zur telegrafischen Übermittlung ersichtlich ist. Zur Frage, ob eine Berufung mittels telefonisch aufgegeben Telegramms wirksam bei Gericht eingelangt sei, erklärte es die telefonische Aufgabe für ebenso wirksam wie das schriftliche und signierte Aufgabetelegramm. Zur Begründung führte es aus: „*Sei aber einmal bei der Bedeutung des Telegramms im heutigen Verkehrsleben die telegraphische Einlegung zulässig, so müsse sich die Rechtsprechung auch den technischen Fortschritten anpassen und die Aufgabe des die Rechtsmitteleinlegung enthaltenen Telegramms durch den Fernsprecher zulassen*[1015]."

2) Ergebnis zum Anscheinsbeweis

Betrachtet man die Übermittlung unabhängig vom Schriftformerfordernis, gibt es aufgrund der technischen Zuverlässigkeit von Kommunikationsgeräten auf dem heutigen Stand der Technik keinen Grund, automatisch generierten Sende- oder Lesebestätigungen die Qualität eines prima-facie Beweises zu verwehren. Auch

---

1013 Vgl. FN 164.

1014 Diese negative Auswirkung des Formzwangs diskutierten auch die Verfasser des ersten Entwurfs des deutschen BGB. Als Hauptgrund gegen einen Formzwang überhaupt werteten sie „*die damit verbundene Verkehrserschwerung*". Sie waren der Ansicht, dass sich bei den Verkehrsgeschäften der Formzwang gar nicht durchsetzen lasse. Es heißt dazu in den Motiven: „*Je lästiger der Formzwang bei einzelnen Arten von Geschäften empfunden wird, umso mehr wird die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form zur Verkehrsgewohnheit. Damit schlägt aber auch die durch den Formzwang bezweckte Rechtssicherheit in ihr Gegenteil um, und der redliche und vertrauende Mann ist schutzlos gegen den Missbrauch seines Vertrauens durch einen treubrüchigen Gegner. In letzterer Hinsicht sind unter der Herrschaft des Formzwangs besonders ungünstige Erfahrungen gemacht worden*", vgl. Motive Bd I 179, 180; *Mugdan* Bd I 451.

das Argument des Manipulationsrisikos ist meines Erachtens durch die Möglichkeit der Protokollierung von eingehenden Telefaxen bei analogen Telefaxgeräten, als auch durch die Heranziehung der log files bei der Übermittlung durch Rechnernetzen nicht so stichhaltig, als dass man den automatisch generierten Bestätigungen den Stellenwert eines Anscheinsbeweises verwehren kann.

Legt der Empfänger daher dem Gericht eine erhaltene Telefaxmitteilung vor, so hat diese Mitteilung den Stellenwert eines Anscheinsbeweises. Weist der Absender durch die Vorlage seines Sendeprotokolls des Telefaxgeräts, des Computerfax oder seines Sendeordners des Emailprogramms nach, dass er zu dem fraglichen Zeitpunkt keine Nachricht an den Empfänger abgeschickt hat, so ist der Anscheinsbeweis entkräftet. Der (vermeintliche) Empfänger muss auf anderem Wege den Erhalt der Mitteilung nachweisen.

Nach der hier vertretenen Auffassung wird der Anscheinsbeweis zwar auch durch ein manipuliertes Sendeprotokoll oder durch die Löschung (=Manipulation) des Computerfax oder Email-Sendeprotokolls entkräftet. Diese Fallgestaltung hat aber meines Erachtens keinerlei Auswirkungen auf den Stellenwert der automatisch generierten Bestätigungen als solches. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich nämlich um den Problemkreis der Irreführung des erkennenden Gerichts durch Beseitigung oder Verfälschung des Aussagewerts von Beweismitteln, betrifft aber nicht den Aussagewert von Übermittlungsprotokollen. Wer das Gericht täuschen will und ein Sendeprotokoll fälscht, würde auch eine Urkunde fälschen oder einen Zeugen zur Falschaussage verleiten, um sein Ziel zu erreichen. Vor solchen kriminellen Energien ist ein erkennendes Gericht niemals geschützt. Allein die – im Vergleich einfachere- Manipulation kann aber nicht den Umkehrschluss bedeuten, dass dem OK-Vermerk seine Aussagekraft schlechthin abgesprochen wird.

Schließlich ist noch anzumerken, dass die Manipulation einer automatisch generierten Bestätigung, etwa um den Beweis für einen Vertragsschluss anzutreten, bisher noch nicht vorgetragen wurde. Für den Privatverkehr und den Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten ist die Gefahr der Manipulation von Sendeprotokollen als äußerst gering einzustufen.

1015 RG, Urt. v. 28.11.1932 – IV 328/32.

Manipulierte Sendeberichte erregten in der Vergangenheit vor allem durch öffentlichkeitswirksame Mitteilungen Aufsehen. Soweit ersichtlich, wurden gefälschte Telefaxe bislang daher nur zur Verbreitung von Falschmeldungen verwandt. So wurde im Januar 2000 die Meldung per Telefax verbreitet, Altbundeskanzler Kohl wolle in der Spendenaffäre der CDU über die Führung verdeckter Parteikonten die Namen der Spender nennen[1016]. Wie sich später herausstellte, war das Fax mit dem Absender der Bonner CDU-Ratsfraktion gefälscht.

In den tatsächlich vor Gericht verhandelten Fällen wurde die Möglichkeit der Fälschung des Faxprotokolls in den Entscheidungsgründen bisher nur am Rande erörtert. In der Regel galt der Vortrag der ordnungsgemäßen Absendung entweder als zugestanden[1017] oder wurde durch Zeugenaussagen[1018] oder eine eidesstattliche Versicherung[1019] bewiesen.

Eine besondere Missbrauchsgefahr besteht bei der hier vertretenen Lösung nicht. Vielmehr verwirklicht sie die materiell-rechtliche Risikoverteilung und verhilft ihr zu einer zeit- und sachgerechten Durchsetzung auch im Prozess[1020].

a) <u>Formanpassungsgesetz im deutschen Rechtskreis</u>

Für den deutschen Rechtskreis ist schließlich noch anzumerken, dass der Gesetzgeber durch das Formanpassungsgesetz das materielle Recht den Erleichterungswünschen des modernen Rechtsverkehrs entgegenkommen wollte. So handelt es sich beispielsweise bei der Textform des § 126b BGB um ein bewusstes Angebot des Gesetzgebers an den Rechtsverkehr. Es wurde gezielt geschaffen, um teure Formerfordernisse abzubauen.

Gegenwärtig ist die Textform zwar als eigenständige Form anerkannt. Beim genaueren Hinsehen wurde allerdings keine Lösung „aus einem Guss" geschaffen. Der gerichtliche Nachweis kann nämlich nicht mittels eines Ausdrucks der gefaxten Mitteilung, des OK-Vermerks im Sendebericht oder der Email mit einer dazugehörigen Bestätigung nachgewiesen werden. Nach wie vor stellt sie

---

1016 *Benzler*, Fälschungssichere Telefaxe, CR 2000, 411.
1017 KG, Beschl. v. 21.10. 1993 – 25 W 5805/93.
1018 BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93.
1019 BGH, Beschl. v. 28.02.2002 – VII ZB 28/01.
1020 So auch schon *Burgard*, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93 (BB 1995, 222).

lediglich ein Indiz dar, für den Prozessgegner ist ein einfaches Bestreiten des Zugangs in der Regel ausreichend. Zwar sollte die Einführung der Textform dazu beitragen, Transaktionskosten zu senken. Dieses Ziel wird aber konterkariert, da man für den gerichtlichen Zugangsbeweis (daneben) traditionelle Medien einsetzen oder gar wegen der Nachweisprobleme insgesamt bei den traditionellen Kommunikationsmedien bleiben muss[1021]. Mangels der Möglichkeit, den Erklärungszugang in einer den Anforderungen und Standards entsprechenden Weise nachweisen zu dürfen, ist die Textform aus beweisrechtlicher Sicht weitgehend wertlos[1022].

Die Beweisproblematik stellt sich auch an einer anderen, neu eingefügten Rechtsnorm des deutschen materiellen Rechts: Der Gesetzgeber verlangt in § 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB, dass der Unternehmer bei einer elektronischen Bestellung den Zugang „unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen" hat. Konkret ist damit die Kommunikation mittels Emails angesprochen. Der Kunde soll wissen, ob seine Erklärung angekommen ist. Einen (Anscheins-) Beweis kann der Unternehmer mit einer automatisch versandten Email jedoch nicht führen. Auch wenn die Rückbestätigung für den Zugang der Bestellung oder für die Wirksamkeit des Vertrages natürlich keine Voraussetzung ist[1023], hat der Unternehmer ein anerkennenswertes Interesse an dem Nachweis, dass er seinen Obliegenheiten nachgekommen ist.

Diesen Veränderungen des materiellen Rechts kann aber nur dann größtmögliche Wirksamkeit verschafft werden, wenn auf der prozessualen Ebene die Zugangsproblematik nicht unberücksichtigt bleibt. Auch aus der gesetzgeberischen Entscheidung für die Textform sollte daher für Bestätigungen von Email-Programmen ein Anscheinsbeweis gelten[1024].

b) <u>Anscheinsbeweis im Einklang mit der E-Commerce-Richtinie</u>

Einen solchen Nachweis durch Eingangs- oder Lesebestätigungen zuzulassen, würde nicht nur die gerichtliche Anerkennung der gesetzgeberischen

---

1021 Ebenso *Mottl* in *Gruber*/*Mader* 24.
1022 Ebenso *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.
1023 Vgl. die Begründung zu § 312a BGB in BT-Drs 14/6040, 173.
1024 Siehe nur die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, sowie zur Umstellung auf den EURO in BT-Drs 14/2658, 40 (zu Art. 1 § 2 Abs. 4 r. Sp. 1. Abs.).

Entscheidung für die Textform bedeuten, sondern zudem auch eine richtlinienkonforme Auslegung der E-Commerce Richtlinie darstellen. Deren generelles Ziel ist, den Online-Abschluss von Verträgen zu erleichtern und zu einer effektiven Option zu machen[1025], wie der Erwägungsgrund 34 S. 3 der E-Commerce Richtlinie besagt. Mann kann auch von einem Ermöglichungsgebot, gerichtet an die Mitgliedstaaten, sprechen[1026]. Auch § 312e Abs. 2 S. 1 BGB, der in Umsetzung von Art. 10 Abs. 4, 11 Abs. 2 E-Commerce-Richtlinie vor allem bei reiner Email-Kommunikation den Unternehmer von der Obliegenheit einer elektronischen Bestätigung gemäß § 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB befreit, besagt im Ergebnis nichts anderes. Denn dieser Regelung liegt allein die Wertung zugrunde, dass Vertragsabschlüsse via Internet und Email gerade keine spezifischen Besonderheiten des Rechtsverkehrs aufweisen sollen, weil sie denen am Telefon oder Brief ähneln[1027].

Hinzu kommt ein weiteres Konsequenzargument: Nach § 361a Abs. 3 BGB a.F. wurden Emails sogar als dauerhafte Datenträger angesehen[1028]. Ihnen kam daher also die Qualität zu, dass sie für so rechtlich erhebliche Willenserklärungen wie eine Widerrufsbelehrung oder Widerrufserklärung im Verbraucherschutzrecht ausreichten. Dies gilt unter § 355 BGB erst recht, denn die heute einzuhaltende Textform ist (wenn auch nur um Nuancen) liberaler und stellt weniger Anforderungen als der dauerhafte Datenträger[1029]. Wenn man Emails aber schon jene höhere Qualität eines dauerhaften Datenträgers zuschreibt, muss konsequenterweise dieses Medium mit seinen technischen Möglichkeiten auch vollumfänglich vor Gericht anerkannt werden.

1025 Vgl. *Landfermann*, Der Richtlinienvorschlag Elektronischer Geschäftsverkehr – Ziele und Probleme, ZUM 1999, 795.

1026 *Maennel*, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, 187.

1027 BR-Drs 338/01, S. 349 zu § 305 b Abs. 4.

1028 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

1029 *Schmittmann*/*Ahrens*, Pflichtangaben in E-Mails – Ist die elektronische Post ein Geschäftsbrief? DB 2002, 1038.

XIV) Einzelfragen

1) Anwendbares Recht für den konkreten Einzelfall

Nach Untersuchung der drei Rechtskreise Deutschland, England und Österreich kann somit festgehalten werden, dass alle Rechtsordnungen allgemeine Regelungen für die Bekanntgabe des Willens oder der Absicht einer Partei bzw. besondere Regelungen für die Vertragsanbahnung kennen. In allen Rechtsordnungen herrscht insoweit Einigkeit, als der elektrische oder elektronische Transport via Telex, Telefax, Internet oder Email keinen Einfluss auf das Vorliegen der für den Tatbestand einer Willenserklärung erforderlichen menschlichen Willensbildung hat. Diese stellen lediglich jeweils ein Medium dar, mittels derer die Nachricht transportiert wird.

a) Die Normen des Internationalen Privatrechts

Aus rechtlicher Sicht kommt daher, falls sich alle Beteiligten des Rechtsgeschäfts in demselben Staat befinden, allein dessen nationales Recht zur Anwendung. Im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr sind die einschlägigen Rechtsnormen dagegen anhand der Normen des Internationalen Privatrechts (IPR) der betroffenen Länder zu ermitteln. Keine Ausnahme gilt hierbei für das Internet. Auch das Internet ist kein rechtsfreier Raum. Internationale Verträge und solche, die im Bereich der EG geschlossen wurden, sind auch auf das Internet anzuwenden.

Die Rechtswahl ergibt sich grundsätzlich aus den Kollisionsregeln der lex fori. Für Deutschland, England und Österreich gilt das EuGVÜ, da alle drei Vertragsstaaten der Europäischen Union sind und diese gemäß Art. 63 Abs. 1 EuGVÜ zum Betritt verpflichtet sind. Nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ kann der Gerichtsstand der Erfüllungsort sein, die Parteien können den Gerichtsort nach Art. 17 EuGVÜ aber auch wählen.

Für Deutschland gelten daher grundsätzlich die §§ 12ff. ZPO, da eine Prorogation nur unter engen Voraussetzungen (Kaufmannseigenschaft) zulässig ist.

Für Österreich ist die gerichtliche Zuständigkeit für Klagen in einem Vertragsstaat gegen Personen, die ihren Wohnsitz in dem Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaats haben, ist seit 01. September 1996 bis zum Inkrafttreten des EuGVÜ in Österreich am 01. Dezember 1998 (BGBl III 1998, 167) nach dem am

16. September 1988 in Lugano abgeschlossenen Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LGVÜ) zu beurteilen.

b) Das UN-Kaufrecht (CISG)

Ungeachtet dessen wurden für den internationalen Rechtsverkehr vereinzelt Regelungen geschaffen, die als lex specialis, sofern anwendbar, andere Rechtsvorschriften wie beispielsweise die Regelungen des IPR verdrängen.

Hierzu zählt vor allem das UN – Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf bzw. United Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) wurde 1980 in Wien verabschiedet und verschmelzt die Lösungen zum Warenkauf des angloamerikanischen Rechts mit demjenigen des kontinentaleuropäischen Rechts. Obwohl es mittlerweile in über 70 Staaten in Kraft getreten ist, hat es England bzw. das Vereinte Königreich bisher nicht ratifiziert[1030].

Das CISG findet nicht nur dann Anwendung, wenn beide Vertragsparteien in Staaten beheimatet sind, die beide das Abkommen unterzeichnet haben. Es gilt vielmehr auch dann, wenn bei einem grenzüberschreitenden Kaufvertrag nur ein Staat das CISG ratifiziert hat und dessen Recht zur Anwendung kommt[1031]. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn zwischen den Parteien die Anwendung des UN-Kaufrechts vor Vertragsschluss ausdrücklich abbedungen wurde, Art. 6 CISG.

1030 Vertiefend hierzu *Moss*, Why the United Kingdom has not ratified the CISG, 25 Journal of Law and Commerce (2005- 2006) 483-485; *Forte*, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Reason or Unreason in the United Kingdom, 26 Baltimore Law Review (1997) 51-66; sowie *Maniruzzaman*, Comparative study of selected provisions of English Law and the CISG and other contract law provisions, nachfolgendes Zitat zu finden unter: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html. Letzterer sieht eine mögliche Begründung hierfür in dem tief verwurzelten englischen Misstrauen vor starren Kodifikationen bzw. dem Stolz auf das eigene, über die Jahrhunderte gewachsene Common Law: „*Although the English common law of contract, like any other branch of English law, was considered to be influential in many parts of the world, especially the Commonwealth and common law jurisdictions, such complacency should no longer exist in light of the recent move towards the globalisation and liberalisation of international trade. The United Kingdom has not yet ratified the CISG, perhaps because of pride in its longstanding common law legal imperialism or in its long-treasured feeling of the superiority of English law to anything else that could even challenge it. This despite the fact that the major and influential trading nations, such as the north American states, including the United States and most European states are parties to the CISG.*"

1031 Es sei denn, dieser hat die Anwendung durch einen Vorbehalt nach Art. 95 CISG ausgeschlossen, wie beispielsweise die Staaten China, Singapur oder auch die USA.

Gem. Art. 1 Abs. 1 CISG findet es Anwendung auf gewerbliche Kaufverträge über Waren zwischen Parteien, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben. Damit kann zugleich festgehalten werden, dass das CISG für Verträge mit Privatpersonen (Verbraucherverträge) nicht anwendbar ist. Inhaltlich stellt das UN-Kaufrecht einen international vereinheitlichten und von Deutschland, England und Österreich anerkannten Rahmen für die Gestaltung von Warenkaufverträgen dar, wobei schwerpunktmäßig das Zustandekommen des Warenkaufvertrages und die Rechte und Pflichten von Verkäufer und Käufer normiert wurden.

In Bezug auf die Übermittlung von Willenserklärungen sind insbesondere die Art. 7, 8, 11, 13, 27 CISG zu beachten. Fraglich ist, ob und inwieweit die Regelungen des CISG über die Verwendung neuerer Kommunikationsmedien Stellung beziehen. Schließlich verweist Art. 13 CISG explizit auf die Gebrauchmachung von Telegramm und Fernschreiben, nicht aber auf Telefax, Internet oder Email.

Der österreichische OGH vertritt die Ansicht, dass eine analoge Anwendung des Art. 13 CISG ausscheide. Dies ergebe sich für den österreichischen Rechtsbereich aus der allgemeinen Bestimmung des § 886 ABGB, wonach ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille die Schriftlichkeit bestimmt, durch die Unterschrift der Partei zustande kommt. Daraus sei abzuleiten, dass die in anderen Gesetzesbestimmungen angeordnete Schriftlichkeit im Sinne einer „Unterschriftlichkeit" zu verstehen ist. Dies gelte nur dann nicht, wenn das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme vorsehe. Einen solchen Sonderfall stelle im österreichischen Recht beispielsweise § 583 Abs. 3 ZPO dar. Auch Art. 13 CISG sei eine solche Ausnahmebestimmung. Daher bestehe kein Anlass, durch Analogie die Gültigkeitsvoraussetzung von Erklärungen, die von den genannten Bestimmungen nicht betroffen seien, zu verändern[1032].

Bei der Auslegung internationaler Abkommen, die privatrechtliche Beziehungen der Angehörigen der Vertragsstaaten regeln, dürften innerstaatliche Rechtsbegriffe nicht unbesehen als dem Abkommen zugrunde liegend angesehen werden. Andernfalls könnte sonst das Ziel einer möglichst einheitlichen Rechtsanwendung in den Vertragsstaaten verfehlt werden. Bei der Auslegung internationaler Normen muss daher die Wortlautinterpretation des Originaltextes

1032 Vgl. OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96; OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93.

im Vordergrund stehen[1033]. Eine darüber hinausgehende (teleologische) Interpretation kann lediglich anhand der allgemeinen Zielsetzung der völkerrechtlichen Norm abgeleitet werden. Ist ein solcher übereinstimmender Wille der Vertragsstaaten oder ein in diesem einhellig als vorhanden anzusehenden Begriffsverständnis nicht vorhanden, soll zur Wahrung und Förderung einheitlicher Auslegung ausländische Literatur und Entscheidungen herangezogen werden[1034].

Diese Vorgehensweise spiegelt sich auch in Art. 7 CISG wider, wonach bei der Auslegung der internationale Charakter des CISG und die Notwendigkeit zu beachten und seine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern ist. Ebenso weist Art. 8 CISG bei der Auslegung von Erklärungen und Verhaltensweisen auf das Kennen oder Kennenmüssen der Gegenpartei hin. Weiters ist nach Art. 11 der Kaufvertrag formfrei und kann auf jedwede Weise bewiesen werden. Schließlich ist Ziel des CISG gemäß seiner Präambel, verschiedene Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnungen zu berücksichtigen und rechtliche Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen. Vor allem der internationale Handelsverkehr mit seinen Forderungen nach Vereinheitlichung, Plausibilität und leichter Handhabbarkeit der Rahmenbedingungen für eine effektive Kommunikation hat aber gerade entscheidenden Anstoß zur Schaffung des CISG gegeben!

Daher ist meines Erachtens der Art. 13 CISG historisch dahingehend auszulegen, dass es sich nicht um eine Ausnahmeregelung mit einem abschließenden Katalog der Kommunikationsmedien handelt, sondern vielmehr um eine beispielhafte Aufzählung der damals gebräuchlichen Medien. Folglich ist Art. 13 CISG in analoger Anwendung auf diejenigen Kommunikationsmittel anzuwenden, die nach den dort normierten Telegramm und Fernschreiben den Geschäftsverkehr erobert haben. Daher ist Art. 13 CISG analog unterschiedslos auf alle Kommunikationsmedien anzuwenden, welche die Schriftlichkeit im Sinne einer Perpetuierungsmöglichkeit gewährleisten und deren Technik bei der Verabschiedung des CISG im Jahre 1980 noch unbekannt waren.

1033 *Heber*/*Czerwenka*, Internationals Kaufrecht, UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf (1991) Art. 7 Rz 7, 8.

1034 OGH 27.04.1987, 1 Ob 558/87 (SZ 60/70; RZ 1988/58); *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht[2] (2003) 30 Rz 43.

c) Das Frachtrecht (CMR)

Die österreichische Auffassung, dass Schriftlichkeit in der Regel Unterschriftlichkeit bedeute, wird allerdings nicht konsistent vertreten. Eine anders lautende Ansicht vertritt der österreichische OGH bei der Anwendung des Übereinkommens über den Beförderungsvertrag im Internationalen Straßengüterverkehr (CMR).

Im Frachtrecht könne hinsichtlich des schriftlichen Vorbehalts nach Art. 30 Abs. 3 CMR das nationale Recht (§ 886 ABGB) nicht ohne weiteres zur Interpretation einer in einem völkerrechtlichen Vertrag angeordneten Bestimmung herangezogen werden[1035]. Für die CMR vertritt der OGH daher die Ansicht, dass abschließend geregelte Fragen das nationale Recht verdrängen. Letzteres sei nur dort anwendbar, wo ein in der CMR nicht behandeltes Problem zu lösen sei[1036] oder die CMR auf nationales Recht verweise. Wegen der Schwierigkeit, den wahren Willen der vertragsschließenden Staaten zu erforschen, komme bei der Auslegung dem kundgemachten Wortlaut besondere Bedeutung zu[1037]. Im Wege einfacher logischer Auslegung sei unter dem auszulegenden Gesetzesterminus „schriftlicher Vorbehalt"[1038] jede schriftliche Mitteilung, also auch ein Telegramm oder eine mit einem Telefaxgerät übermittelte Mitteilung zu verstehen, unabhängig davon, ob auf dem Text eine Unterschrift aufscheine. Auch ein Telefax sei ein Schriftstück und in diesem Sinne schriftlich. Mangels gesetzlicher Anordnung in der CMR sei im Frachtrecht das Erfordernis der „Unterschriftlichkeit" nicht gegeben[1039].

Nach der deutschen Lehre und Rechtsprechung ist die Schriftlichkeit in der CMR nicht im Sinne des § 126 BGB zu verstehen. Zur Begründung wird angeführt, dass die CMR nicht auf das nationale Recht verweise[1040]. Daher sei jede moderne Kommunikationsform wie Telegramm, Telex, Teletex, Telefax zulässig[1041]. Diese

---

1035 Ebenso *Schlechtriem*, Internationales UN-Kaufrecht (1996) 29 Rz 43.
1036 OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96.
1037 OGH 27.04.1987, 1 Ob 558/87, unter Hinweis auf OGH, 16.03.1977, 1 Ob 533/77 (SZ 50/40).
1038 Vgl. hierzu das verwandte Formerfordernis „schriftliche Reklamation" zur Hemmung der Verjährung in Art. 32 CMR.
1039 Vgl. OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96; vgl. auch *Karollus*, Kaduzierung, ecolex 1997, 436.
1040 *Koller*, Transportrecht Kommentar zu Spedition und Gütertransport[5] (2004) Art. 32 Rz 11 m.w.N.; *Thume*, Komm zur CMR Art. 30 Rz 12 und Art. 32 Rz 64.
1041 *Thume*, CMR Art. 30 Rz 12. Weiters explizit bejahend für das Telefax: *Glöckner*,

Rechtsprechung ist mangels entgegenstehender Judikatur des Bundesgerichtshofes auch als allgemeine Ansicht anzusehen, was ebenso für Belgien gelten dürfte[1042].

2) Wirksame Zustellung innerhalb der Europäischen Union

Innerhalb der Europäischen Union gilt für die grenzüberschreitende Zustellung von Schriftstücken die EuZVO. Danach hat jeder Mitgliedsstaat gemäß Art. 2 EuZVO Übermittlungsstellen zu benennen, die für die Übermittlung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke zuständig sind. Die Übermittlung selbst kann ausweislich des Erwägungsgrundes Nr. 7 dieser Verordnung unter Zuhilfenahme „aller geeigneten Mittel" erfolgen, maßgeblich sind neben der Lesbarkeit die Kriterien der Unmittelbarkeit und die Schnelligkeit der Übermittlung, Art. 4 Abs. 1 EuZVO. Demzufolge hat jeder Mitgliedstaat gemäß Art. 2 Abs. 4 lit. c EuZVO die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten für den Empfang von Schriftstücken zu benennen, wobei insbesondere Post, Telefax und Email in Betracht kommen[1043]. Zu beachten ist jedoch, dass die jeweilige Übermittlungsstelle[1044] sicher zu stellen hat, dass die Anforderungen des jeweils anzuwendenden Zivilverfahrens- und Zustellrechts eingehalten werden. So hat etwa in der Beurteilung, ob die Zustellung eines Schriftstücks im Original oder in einer Ausfertigung erforderlich ist oder ob hiefür eine Abschrift oder Photokopie ausreicht, nach dem Recht des Prozessstaates zu erfolgen. Österreichische Gerichte haben daher als Übermittlungsstellen nach dem österreichischen Prozessrecht in der Regel eine Ausfertigung bzw. eine Gleichschrift zuzustellen[1045].

Leitfaden zur CMR Art 30 Rz 3 unter Hinweis auf OLG Hamburg, Urt. v. 06.12.1979 – 10 U 84/78 (VersR 1980, 290 –Telefax); OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.01.1979 – 18 U 153/78 (VersR 1979, 356 – Fernschreiben), sowie OLG Koblenz, Urt. v. 06.10.1989 – 2 U 200/88 (TranspR 1991, 93 – Fernschreiben).

1042 *Loewe*, Bestimmungen der CMR über Reklamationen und Klagen, TranspR 1988, 309 dort unter FN 100.

1043 *Klauser*/*Kodek*, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordung[16] (2006) 2018.

1044 Nach österreichischem Verständnis kommen als Übermittlungsstellen ausschließlich Gerichte in Betracht, vgl. *Brenn*, Signaturgesetz: Bundesgesetz BGBl I 1990/190. Mit den Materialien und zusätzlichen Anmerkungen (1999) Art. 2 Anm b. Hiernach kommen als Übermittlungsstellen iSd. Art. 2 Abs. 1 EuZVO die Bezirksgerichte, aber auch sonstige Gerichte in Betracht, sofern sie (etwas als Prozessgerichte) gerichtliche Schriftstücke zuzustellen haben. Empfangsstellen nach Art. 2 Abs. 2 sind hingegen ausschließlich Bezirksgerichte, *Klauser*/*Kodek*, JN und ZPO 2020.

1045 *Klauser*/*Kodek*, JN und ZPO 2020.

3) Beweiswert gescannter Dokumente

In immer mehr Unternehmen, Behörden und Organisationen findet ein Übergang von der papierbasierten zur elektronischen Aktenführung statt. Die Gründe hierfür liegen vor allem, darin, dass elektronische Dokumente keinen körperlichen Transport und keine physische Aufbewahrung benötigen, dass sie schnell aufgefunden und übertragen, automatisiert bearbeitet und gleichzeitig von mehreren Personen benutzt werden können. Damit kann der hohe Kostenaufwand papierbasierter Dokumentenbearbeitung erheblich reduziert werden[1046].

Grundsätzlich besteht kein rechtlicher Einwand gegen das Scannen und elektronische Weiterleiten von Unterlagen, sofern gegebenenfalls einschlägige Datenschutzbestimmungen eingehalten werden. Fraglich ist allerdings, ob die Originaldokumente nach dem Scanvorgang vernichtet werden dürfen.

Ganz allgemein sind bei gesetzlichen oder vertraglichen Dokumentationspflichten die Originale aufzubewahren, sofern keine andere Regelung einschlägig ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass es nach der derzeitigen Rechtslage in keinem Land allgemein gültige Regelungen für das Scannen und Aufbewahren von Papierdokumenten gibt. Folglich sind die gescannten Originale immer noch als führend anzusehen. Die Datei, in der das Dokument als Scan elektronisch enthalten ist, dient somit primär der Arbeits- und Kommunikationserleichterung.

Vereinzelt wurden aber in den vergangenen Jahren bereits Regelungen zur Handhabung elektronischer Dokumente aufgenommen. Unter bestimmten Voraussetzungen können daher Dokumentations-, Aktenführungs- oder Aufbewahrungspflichten auch schon mittels elektronischer Dokumente erfüllt werden.

Stellvertretend für die Rechtskreise sollen hier nur zwei Beispiele angeführt werden: So entspricht die Aufbewahrung auf einem Bildträger oder anderen Datenträgern gemäß §§ 239 Abs. 4, 257 Abs. 3 HGB den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung entsprechen. Auch im Bereich des (deutschen) Steuerrechts kann der Steuerpflichtige nach § 147 Abs. 2 AO die relevanten Unterlagen elektronisch aufbewahren und im Falle einer Außenprüfung der

---

1046 *Roßnagel*/*Wilke*, gescannte Dokumente, NJW 2006, 2145.

Finanzbehörde nach § 147 Abs. 4 AO Einsicht gewähren[1047].

Etwas unklarer gestaltet sich die Situation beispielsweise auf dem medizinischen Sektor. Es ist zwar anerkannt, dass die Aufbewahrungspflichten der Patientenkartei und damit verbundener Dokumente auch durch eine elektronische Datenverarbeitung erfolgen kann. Eine diesbezüglich ausdrückliche Regelung enthält die deutsche § 10 Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä 1997) – im Gegensatz zu § 28 Abs. 1 S. 2 RöntgenVO für Röntgenbilder und sonstige Aufzeichnungen, die mit einer Röntgenuntersuchung im Zusammenhang stehen – jedoch nicht. Daher ist zumindest für Deutschland strittig, ob die papiernen Originalunterlagen innerhalb der mindestens zehnjährigen Aufbewahrungsfrist vernichtet werden dürfen[1048].

Ohne diese Problematik weiter vertiefen zu wollen, kann trotzdem festgehalten werden, dass zur Erfüllung von Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten elektronische Dokumente ausreichend sind, sofern diese Möglichkeit im Gesetz oder im Vertrag ausdrücklich eingeräumt wurde. Fehlt eine solche explizite Normierung, ist durch teleologische Auslegung zu ermitteln, ob gescannte Dokumente alleine ausreichend sind und die Unterlagen in Papierform nach dem Scanvorgang vernichtet werden dürfen. Kommt die Auslegung zu keinem (eindeutigen) Ergebnis, ist im Zweifel das Original in Papierform als das führende Dokument heranzuziehen.

Allerdings zerstört die Vernichtung der Urschrift für Privaturkunden die Möglichkeit des Urkundsbeweises. Ein gescanntes elektronisches Dokument kann nur nach § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO als Objekt des Augenscheins in eine Beweisaufnahme nach den Regeln der freien Beweiswürdigung eingebracht werden[1049]. Der Nachweis der Integrität und Authentizität des Dokuments wird im Bestreitensfalle aber schwerlich zu führen sein. Denn selbst eine elektronische Signatur beweist lediglich die Unversehrtheit eines Dokuments nach dem Zeitpunkt des Erstellens (Scan). Zwar kann auch mit dem gescannten Dokument der Beweis angetreten werden – nur ist der Ausgang der Beweisaufnahme weniger sicher und das Ergebnis weniger vorhersehbar im Vergleich zum Urkundsbeweis.

1047 *Pahlke*/*Koenig*, AO (2004) § 147 Rz 40.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden: Selbst in den Fällen, in denen eine Vernichtung der papiernen Originaldokumente zulässig ist, kann dies angesichts des strengen Formerfordernisses für den Urkundsbeweis gemäß § 420 ZPO, das Original vorzulegen, beweisrechtlich riskant sein. Zwar kann man auch mit gescannten Dokumenten im Rahmen der freien Beweiswürdigung Beweis führen, muss aber mit der Einrede des gefälschten Originals oder des Fehlers im Transformationsprozess und bei unsignierten Dokumenten zusätzlich mit der Einrede der nachträglichen Manipulation rechnen[1050].

4) Pflicht zur Bereithaltung von Empfangsvorrichtungen?

Fraglich ist, ob sich aus dem Gesetz oder der Beteiligung am Rechtsverkehr eine Pflicht für den einzelnen ergibt, bestimmte Empfangsvorrichtungen bereit zuhalten. Nach einhelliger Ansicht in der Rechtsprechung[1051] und der Literatur[1052] gibt es keine allgemeine Obliegenheit, Willenserklärungen zu empfangen, Briefe oder telefonische Anrufe entgegenzunehmen, bei Abwesenheit für die Nachsendung der Post zu sorgen.

Nach der Rechtsprechung besteht grundsätzlich keine Verpflichtung, Vorkehrungen für den Zugang von Erklärungen zu treffen[1053], auch wenn offiziell auf das Vorhandensein eines Telefaxanschlusses hingewiesen wird[1054].

In diesem Fall hat der Absender die Möglichkeit, den Zugang durch die Zustellung gemäß § 132 BGB zu ersetzen[1055]. Wer aber mit dem Eingang rechtsgeschäftlicher Erklärungen rechnen muss (beispielsweise aufgrund bestehender oder angebahnter vertraglicher oder auch gesetzlicher Beziehungen), muss durch geeignete Vorkehrungen sicherstellen, dass ihn die Erklärungen auch erreichen[1056]. Vorausgesetzt wird stets, dass der Empfänger zu erkennen gegeben

---

1048 vgl. § 10 Abs. 5 MBO-Ä 1997; *Wendt*, Die ärztliche Dokumentation 2001, 43.
1049 vgl. hierzu die Ausführungen unter IX) 2) b) (2).
1050 *Roßnagel*/*Wilke*, gescannte Dokumente, NJW 2006, 2145.
1051 vgl. nur BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97; oder BAG, Urt. v. 25.04.1996 – 2 AZR 13/95.
1052 *Hefermehl* in *Soergel*, § 130 Rz 24, *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 34.
1053 BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97; BGH, Urt. v. 17.04.1996 – IV ZR 202/95 (NJW 1996, 1967; ZIP 1996, 878); BAG, Urt. v. 25.04.1996 – 2 AZR 13/95; *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 34.
1054 Voraussetzung ist die Bestimmung des Faxgerätes als offizielle Empfangsvorrichtung im Rechts- und Geschäftsverkehr, vgl. *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 36.
1055 *Einsele* in MüKo, BGB § 130 Rz 34.
1056 BGH, Urt. v. 03.11.1976 – VIII ZR 140/75 (BGHZ 67, 271); BGH, Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97; BGH, Urt. v. 17.04.1996 – IV ZR 202/95.

hat, am elektronischen Rechtsverkehr teilnehmen zu wollen (Parallelproblem beim Gebrauch der elektronischen Form gemäß § 126 BGB); dies ist bei der Teilnahme am Geschäftsverkehr zu bejahen[1057].

Wer auf seinen Telefaxanschluss hinweist, muss sicherstellen, dass sein Gerät einsatzbereit ist[1058]; er muss eine nicht ausgedruckte Erklärung insbesondere dann als zugegangen gelten lassen, wenn er den Papierspeicher absichtlich nicht aufgefüllt hat[1059]. Ähnliches gilt für den der mit Email am geschäftlichen Verkehr teilnimmt[1060]. Der Geschäftsmann muss während seiner Abwesenheit einen Empfangsbevollmächtigten bestellen[1061] und bei der Verlegung seines Geschäftslokals Vorkehrungen (Nachsendeauftrag, Anzeige der neuen Anschrift) treffen, dass ihm Schreiben rechtzeitig zugehen[1062].

Bei der Nutzung von Emails muss der Empfänger dafür sorgen, dass sein Email-Account die Nachrichten auch empfangen kann. Ruft er diese nicht regelmäßig ab und „läuft die Mailbox über", kommt er einer Obliegenheit nicht nach, die ihm zum Nachteil gereichen kann. Überdies kann es im Falle der Aktivierung automatischer Nachrichten zu einem verhängnisvollen Pingpong Effekt kommen: Hat der Absender eine automatische Empfangsbestätigung eingestellt und der Empfänger aufgrund seiner Abwesenheit eine Out-of-Office Message, dann schickt der Empfänger eine Out-of-Office Message, deren Eintreffen wiederum durch die Absendermailbox bestätigt wird, aufgrund derer die Empfängermailbox wiederum eine Out-of-Office Message generiert und zurückschickt usw. Ein Bestätigungskreislauf ohne Ende, die zum Überlaufen der Mailbox führen kann[1063].

Dagegen ergibt sich alleine aus der Wahl eines bestimmten Kommunikationsmediums kein „Beschleunigungsgebot". Der Gebrauch von Telefax oder Email beruht oft auf Bequemlichkeit und Kostenersparnis; erkennbar mangelndes Beschleunigungsinteresse des Antragenden hat keinen Einfluss auf

---

1057 *Jauernig* in *Jauernig*, § 130 Rz 5.
1058 *Ebnet*, Telefax, NJW 1992, 2985; *Fritzsche*/*Malzer*, Ausgewählte Probleme, DNotZ 1995, 3; BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93.
1059 LAG Hamm, Urt. v. 12.10.1992 – 18 Sa 145/92 (ZIP 1993, 1109).
1060 *Ultsch*, Electronic Mail, NJW 1997, 3007.
1061 RG, Urt.v. 09.05.1919 – II 400/18 (RGZ 95, 317).
1062 OLG Hamburg, Urt. v. 10.03.1977 – 4 U 149/76 (MDR 1978, 489); OLG Hamm, Urt. v. 04.02.1986 – 24 U 221/85 (NJW-RR 1986, 699); *Heinrichs* in *Palandt*, § 130 Rz 17.
1063 *Baum*, Vertragsabschluss FN 237.

Fristen, beispielsweise zur Annahme von Anträgen[1064].

5) Pflicht zur Ausgangskontrolle

Unter einer Ausgangskontrolle ist eine Überprüfung der ausgehenden Post zu verstehen, sie ist Teil der innerbetrieblichen Organisation und dient zur besseren Nachvollziehung des internen Geschäftsablaufs. Eine Ausgangskontrolle besteht für den Rechtsverkehr zwischen Privatpersonen in der Regel nicht, da jedes im Geschäftsverkehr agierende Rechtssubjekt in seiner individuellen Arbeitsgestaltung frei ist. Ausnahmen bestehen allerdings dann, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegt und mit Rechtsgeschäften ein höherer Grad an Sorgfalt verbunden ist. Ein solches „besonderes" Rechtsverhältnis stellt die Beziehung zwischen Mandant und Rechtsanwalt dar. Letzterer hat die Interessen seines Mandanten möglichst umfassend zu wahren und ist daher auch zu einer höheren Sorgfalt bei der Bearbeitung des Mandats verpflichtet. Aus diesem Grund muss nach der deutschen Rechtsprechung ein Rechtsanwalt als Absender des Telefaxes für eine wirksame Ausgangskontrolle sorgen. Im Einzelnen muss er anordnen, dass ein Sendebericht erstellt und dieser auf Übermittlungsstörungen überprüft wird[1065]. Ein fehlerhafter Papiereinzug, beispielsweise ein Doppeleinzug oder das Überlappen von Seiten mit der Folge der fehlerhaften Übermittlung ist nur entschuldbar, wenn beim Einzug der Telefaxnachricht eine optische Kontrolle erfolgt[1066].

Teilweise wurde sogar verlangt, dass der Absender sich nach Abschluss der Telefaxübermittlung beim Empfänger erkundigen muss, ob die Nachricht ordnungsgemäß angekommen ist[1067]. Diese könne telefonisch, solle aber noch besser schriftlich[1068] erfolgen. Hierdurch sollte der Absender verpflichtet sein, etwaige Störungen des Telefaxgeräts des Empfängers auszuschließen, selbst wenn

---

1064 vgl. RG, Urt. v. 10.11.1933 – VII 192/33 (RGZ 142, 404); *Jauernig* in *Jauernig*, § 147 Rz 9.

1065 BGH, Beschl. v. 24.03.1993 – XII ZB 12/93.

1066 OLG Naumburg, Beschl. v. 28.06.1993 – 3 U 44/93 (CR 1994, 229; DB 1993, 2588).

1067 OLG Köln, Beschl. v. 06.06.1988 – 6 W 49/88.

1068 Konkret wird empfohlen, dem Empfänger gleichzeitig mit der Mitteilung eine vorbereitete Empfangsbestätigung zuzufaxen, mit der Bitte, diese unterschrieben zurückzufaxen. Diese Faxbestätigung sollte die Bemerkung enthalten „vollständig und gut leserlich erhalten, sowie den Inhalt des Schreibens mit einem Schlagwort zur genauen Identifizierung". Sollte diese Empfangsbestätigung nicht zurückkommen, bestünde Anlass zur telefonischen Nachfrage und gegebenenfalls zur Wiederholung des Übertragungsvorgangs, vgl. IHK Mittlerer Niederrhein, Telefax. Rechtsprobleme bei der Verwendung, zu finden unter:

sein Telefaxgerät einen OK-Vermerk im Sendebericht ausweise[1069]. Diese Auffassung verkennt jedoch aufgrund der Kontrollierbarkeit der Gerätefunktion die Interessenlage: Während es für den Empfänger keine unzumutbare Schwierigkeit bedeutet, entweder auf die Teilnahme am Telefaxdienst zu verzichten oder für eine betriebsbereite Empfangsanlage zu sorgen, wären durch eine Pflicht zur telefonischen Zugangskontrolle die berechtigten Interessen des Absenders an der rationellen Nutzung der Fernkopiertechnik beeinträchtigt[1070]. Auch wenn diese Entscheidung damit als überholt gelten kann[1071], verlangen BAG und BGH selbst bei der Kommunikation mit Gerichten und Behörden alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen zur Fristwahrung zu ergreifen, wenn die Telefaxeinrichtung des Gerichts oder der Behörde gestört sei. Die Weidereinsetzung in den vorigen Stand sei zu verwehren, wenn die Übermittlung eines Telefaxes scheitere und noch eine anderweitige fristgerechte Übermittlung erfolgen könne[1072]. Als Beispiele führte der BGH im konkreten Fall an, der Rechtsanwalt hätte die Berufung per Telegramm einlegen oder seine Berufungsschrift per Telefax an das Berufungsgericht senden können. Das Argument des Rechtsanwalts, ihm sei die dortige Faxnummer nicht bekannt gewesen, ließ der BGH nicht gelten, da diese Nummer aus allgemein zugänglichen Quellen in Erfahrung gebracht werden könne. Zudem hätte der Rechtsanwalt andere Kollegen anrufen können, die die Berufungsschrift als Bote in den dortigen Briefkasten hätten werfen können[1073].

Im Gegensatz zum BGH sieht das BVerfG solche Anforderungen als Überspannung der Sorgfaltspflicht und damit als unzumutbar an. Nach dem BVerfG hat der Rechtsanwalt bereits das seinerseits Erforderliche getan, wenn er so rechtzeitig mit der Übertragung des Schriftsatzes begonnen hätte, dass unter normalen Umständen mit ihrem Abschluss bis 24.00 Uhr zu rechnen gewesen sei[1074]. Eine Wiedereinsetzung sei allerdings dann wegen mangelnder Sorgfalt zu

---

www.mittlerer-niederrhein.ihk.de.

1069 So beispielsweise eine abgeschlossene Speicherung ohne Ausdruck der Mitteilung, vgl. *John*, Willenserklärungen, AcP 184, 385.

1070 *Tschentscher*, Telefaxdokumente, CR 1991, 141.

1071 So *Liwinska*, Übersendung, MDR 2000, 500.

1072 BAG, Urt. v. 14.09.1994 – 2 AZR 95/94 (CR 1995, 485 (mit Anm. *Ehrmann*); NJW 1995, 743); BGH, Beschl. v. 06.03.1995 – II ZB 1/95.

1073 BGH, Beschl. v. 06.03.1995 – II ZB 1/95.

1074 BVerfG, Beschl. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95.

versagen, wenn mit der Übertragung bis zur letzten Minute gewartet wird[1075]

Insgesamt genügt es damit nach deutschem Recht, dass ein von einem Faxgerät des Absenders ausgedruckter Einzelnachweis die ordnungsgemäße Übermittlung belegt und vor Fristablauf zur Kenntnis genommen wird. Dann kann die Frist im Fristenkalender gelöscht werden[1076]. Dies gilt auch dann, wenn der Sendebericht den Empfang bestätigt, obwohl er gescheitert tatsächlich gescheitert ist[1077]. Eine Sorgfaltspflicht des Rechtsanwalts, sich nach dem rechtzeitigen Eingang zu erkundigen, besteht nach höchstrichterlicher Rechtsprechung trotz des o.g. zeitlich nachfolgenden Urteils des OLG Köln nicht[1078]. Denn mittlerweile gesteht auch der BGH dem Verwender ein gewisses Vertrauen in den Sendebericht zu. Auch er sieht die Wahrscheinlichkeit, dass ein Schriftstück ungeachtet eines solchen Sendeprotokolls den Empfänger nicht erreicht habe, als so gering an, dass sich dem Rechtsanwalt diese Möglichkeit auch dann nicht aufdrängen müsse, wenn er nach Ablauf eines Monats noch keine Nachricht darüber erhalten habe, ob seinem Antrag stattgegeben wurde[1079].

Diese Argumentation ist aus Sicht des BGH durchaus vereinbar mit seiner Haltung zur Aussagekraft des Telefax. Dem OK-Vermerk komme im Rahmen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei der Frage der wirksamen Ausgangskontrolle Bedeutung zu. Hinsichtlich des Zugangs sei er jedoch lediglich ein Indiz[1080].

6) Pflicht zur Eingangskontrolle

Allenfalls bleibt denkbar, dass die Qualität der Empfangenen Daten beziehungsweise des Ausdrucks beim Empfänger aufgrund der denkbaren Störungsmöglichkeiten zu wünschen übrig lässt[1081]. Hier stellt sich aber dann die grundsätzliche Frage, ob dann nicht gerade der Empfänger verpflichtet sein sollte, mit dem Versender Kontakt aufzunehmen. Vergleichbar erscheint diese Situation mit der wörtlichen Kommunikation, bei der einzelne Gesprächsfetzen beim

---

1075 BVerfG, Beschl. v. 19.11.1999 – 2 BvR 565/98 (MDR 2000, 168; NJW 2000, 574).
1076 BGH, Beschl. v. 28.02.2002 – VII ZB 28/01; BGH, Beschl. v. 28.09.1989 – VII ZB 9/89; BGH, Beschl. v. 17.11.1992 – X ZB 20/92.
1077 BGH, Beschl. v. 14.01.1997 – VI ZB 24/96; *Hüßtege* in *Thomas*/*Putzo*, ZPO § 233 Rz 52b.
1078 BGH, Beschl. v. 02.02.1983 – VIII ZB 1/83 (VersR 1983, 457; NJW 1983, 1741).
1079 BGH, Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00.
1080 BGH, Beschl. v. 28.02.2002 – VII ZB 28/01.
1081 Darüber hinaus kann dieser Übermittlungsfehler nur bei Faxgeräten „der ersten Stunde"

Empfänger nicht deutlich angekommen sind. Auch hier ist der Empfänger verpflichtet, gegebenenfalls noch einmal nachzufragen.

Insgesamt ist eine solche Pflicht aber meines Erachtens abzulehnen. In allen Rechtskreisen gilt der Grundsatz, dass der Sender für die ordnungsgemäße Übermittlung verantwortlich ist. Dieser Grundsatz kann allein durch die Eröffnung eines Kommunikationsweges nicht ausgehöhlt.

Allerdings kann sich eine solche Pflicht zur Rückfrage möglicherweise aus einer vertraglichen Nebenpflicht (bei bestehender Geschäftsbeziehung) oder einer vorvertraglichen Obliegenheit (im Rahmen der Anbahnung eines Rechtsverhältnisses) ergeben. So wurde beispielsweise für die Kommunikation zwischen Behörden und Bürger anerkannt, dass bestimmte Verhaltensweisen des Adressaten über einen längeren Zeitraum nach Absendung eines behördlichen Bescheids durchaus gewürdigt werden können. Obwohl gleichzeitig darauf verwiesen wurde, dass ein reines Nichtstun nicht als stillschweigendes Zugeständnis gewertet werden kann, wurde im Zusammenhang mit der Absendung vom Gericht im Wege der freien Beweiswürdigung nach § 96 Abs. 1 FGO eine unterbliebene Reaktion des Adressaten dahingehend gewürdigt, dass – entgegen dessen Behauptung – diesem der Bescheid als zugegangen gewertet wurde[1082]. Insgesamt kann zu dieser Fallgestaltung aber auf die seitens der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Kommunikation mittels Briefpost verwiesen werden.

7) Datenschutzrechtliche Bedenken gegen die Sendung von Eingangs- und Lesebestätigungen bei Emails?

a) Eingangsbestätigungen

Für die Eingangsbestätigung ist die datenschutzrechtliche Zulässigkeit eindeutig zu bejahen. Der elektronische Briefkasten ist eine nach außen gerichtete Kommunikationseinrichtung, gerade dafür geschaffen, dass ein Außenstehender sie benutzt, um darüber mit dem Inhaber zu kommunizieren. Die Eingangsbestätigung dokumentiert nicht mehr als die Tatsache einer solchen Nutzung. Weder ein persönliches Protokoll über den Einwurf eines Briefes in den

---

auftreten, vgl. FN 867.

1082 FG München, Urt. v. 15.02.2006 – 9 K 5420/04.

Briefkasten (beispielsweise bei einer arbeitsrechtlichen Kündigung), noch eine Einwurfbestätigung bei Einwurfeinschreiben ist als unzulässige oder jedenfalls einer Rechtfertigung bedürfende Datengewinnung anzusehen. Da andere Verfahren und eine eventuell leichtere Speicherungsmöglichkeit eine rechtliche Wertung nicht verschieben, kann für ein elektronisches Protokoll über den elektronischen Einwurf elektronischer Post in einen elektronischen Briefkasten nichts anderes als beim postalischen Einwurf in den Briefkasten gelten. Hinzu kommt, dass eine Eingangsbestätigung gar keine Aussage über den Erklärungsadressaten trifft, sondern nur eine eigene Aktivität des Erklärenden dokumentiert. Schließlich dringt der Erklärende gar nicht in den Bereich des Erklärungsadressaten ein, sondern bleibt – bildlich gesprochen – davor stehen[1083].

b) Automatische Empfangsbestätigungen

Auch wenn automatische Empfangsbestätigungen in der Sphäre des Empfängers generiert und zurück an den Absender geschickt werden, bestehen hiergegen keinerlei datenschutzrechtlichen Bedenken. Durch die Aktivierung dieser Funktion des genutzten Email-Programms, sowie eine eventuell darüber hinaus erstellte Formulierung eines individuellen Textes beinhaltet möchte der Empfänger in der Regel aus Servicegründen den Absender ja gerade darüber informieren, dass er dessen Nachricht erhalten hat. Damit drückt er gleichzeitig sein Einverständnis in die Übermittlung dieser Daten aus.

c) Lesebestätigungen

Nicht ganz so einfach verhält es sich dagegen mit der Lesebestätigung, da sich dieser Dokumentationsvorgang in der Sphäre des Empfängers abspielt. Das Aufrufen der Email ist ein personenbezogenes Datum im Sinne des § 3 Abs. 1 deutschen BDSG, das es sich dem betreffenden Inhaber des Email-Kontos zuordnen lässt. Zwar könnte sich der Empfänger dadurch schützen, indem er die angeforderte Lesebestätigung für jeden Einzelfall genehmigt. Ein solcher Ablauf ist in den neueren Emailprogrammen ohne weiteres einstellbar. Trotzdem ist auch der Nutzer, der um dieser Funktion der Email-Software nicht weiß, nicht schutzlos gestellt. Denn Datenschutzrecht greift auch dann, wenn sich der Datenberechtigte selbst schützen könnte, dies aber unterlässt. Weiterhin kann eine

1083 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

unterlassene Schutzmaßnahme niemals in eine konkludente Einwilligung umgedeutet werden[1084]. Allerdings ist in diesen Fällen dem Absender ein gerechtfertigtes Interesse nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (überwiegen berechtigter Interessen des Erklärenden), bzw. für den österreichischen Rechtskreis nach §§ 8 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 Nr. 5; 1 Abs. 1 DSG 2000 (Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen vor einer Behörde) zuzugestehen. Auch im englischen Rechtskreis sind die Daten des Empfängers zwar durch den Data Protection Act 1998[1085] geschützt, da diese Information nach Part 1 (Preliminary) 1 (Basic Interpretative Provisions) unter den Datenbegriff dieses Acts zu subsumieren ist („*Data means information which is being processed by means of equipment operating automatically in response of instructions given for that purpose*"). Allerdings fällt die mit der Lesebestätigung übermittelte Information nicht unter den Begriff der sensiblen Daten nach Part 1 (Preliminary) 2 (Sensitive Personal Data) des Data Protection Act 1998. Für den Datenbegriff hat der Empfänger „lediglich" das Recht, Auskunft über den Inhalt derjenigen Daten zu erlangen, die von ihm verarbeitet werden. Sofern, wie hier, keine sensiblen Daten vorliegen, ist eine besondere Rechtfertigung für die Datenverarbeitung nicht vorgesehen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass es sich bei der Lesebestätigung um einen einmaligen Vorgang handelt, der nicht dazu geeignet ist, übergreifende Zusammenhänge zu dokumentieren oder individuelle Nutzerprofile zu erstellen. Schließlich ergibt sich auch bei der Gegenüberstellung der Interessenlagen ein überwiegendes (Beweis-) Interesse des Absenders. Ein überwiegendes Interesse des Erklärungsadressaten daran, dass der Absender nicht wissen solle, wann dieser die Email gelesen habe, ließe sich kaum begründen[1086].

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Eingangs- und Lesebestätigungen bei Emails keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegenstehen.

8) Kompatibilitäts- und Update-Risiko

Teile der Literatur diskutieren unter dem Terminus Kompatibilität ein Risiko der

---

1084 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.
1085 Zu finden unter: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980029_en_1.
1086 *Mankowski*, Nachweis elektronischer Erklärungen, NJW 2004, 1901.

unzureichenden Interaktion zwischen zwei Computernutzern mit unterschiedlichen Software-Programmen[1087]. Danach solle ein Empfänger eine Nachricht nicht oder nur unleserlich als Buchstaben- oder Zahlenfolge erhalten, weil seine technische Ausstattung nicht mit der des Absenders kompatibel sei. Obwohl nach einhelliger Ansicht eine Aktualisierungspflicht nicht bestehe, möchte eine Ansicht diese Fallgestaltung analog des Fremdsprachenrisikos bei der Kommunikation diskutieren. Nach einer anderen Ansicht handelt es sich nicht um ein intellektuelles Defizit des Empfängers, sondern um eine gestörten Kommunikationsvorgang. Die Lösung sei daher eher mit der Zugangslehre erfassen.

Meines Erachtens handelt es sich nur um eine theoretische Problematik, da diese in der Praxis durch die einheitlichen Übertragungsstandards nicht entstehen kann. Die Kommunikation beim Telefax findet mittels analoger oder digitaler Signale statt, im Internet oder bei Emails wird mittels des weltweit einheitlichen TCP/IP-Protokolls kommuniziert. Eine etwaige Unlesbarkeit aufgrund unterschiedlicher Übertragungsstandards ist daher ausgeschlossen. Auch in der Literatur wurde bisher ein konkreter Sachverhalt nicht referiert. Bei der Nutzung spezieller Softwareprogramme, die Nachrichten - als Dateianhang - in einem ungewöhnlichen Format senden, liegt kein Zugang vor[1088].

XV) Fazit

Auf der Basis weltweit einheitlicher technischer Standards zeigt dieser Rechtsvergleich nicht nur die Unterschiede zwischen den angelsächsischen und den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, sondern auch die unterschiedlichen Rechtsauffassungen innerhalb der – eigentlich sehr ähnlichen – Rechtsordnungen Deutschlands und Österreichs.

Ausgehend von der Auffassung des OGH wird in Österreich die unverkörperte Übermittlung zumindest im Privatrechtsverkehr vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Form geführt. Da die Schriftform zur Wirksamkeit in der Regel

---

1087 *Dörner*, Rechtsgeschäfte, AcP 202, 363 m.w.N.; *Burgard*, Telekommunikation, AcP 195, 74; *Schlechtriem* in: FS-*Weitnauer* 129 m.w.N.

1088 Siehe FN 652.

der Unterschrift bedarf, eine solche aber nicht unverkörpert übermittelt werden kann, ist die (nachfolgende) Betrachtung, ob eine unverkörperte Übermittlung bewiesen werden kann, zumeist unerheblich.

In Deutschland definiert die Rechtsprechung die Schriftform nicht so strikt wie in Österreich. Zudem wurde aufgrund der Modernisierung der Formvorschirften[1089] die Schriftform schärfer zur neu eingeführten Textform abgegrenzt. Daher liegt in Deutschland der Schwerpunkt der Diskussionen nicht nur bei der (Unter-) Schriftlichkeit, sondern auch bei der Beweisbarkeit.

Im Gegensatz zu den deutschsprachigen Rechtskreisen ist die unverkörperte Übermittlung im angelsächsischen Rechtskreis sowohl im Hinblick auf die Form, als auch auf die Beweisbarkeit anerkannt. Nachteile für den Rechtsverkehr lassen sich hieraus nicht erkennen – im Gegenteil: Der Verwender kann in England eine weitaus höhere Rechtssicherheit erwarten, während er in Deutschland und Österreich einer uneinheitlichen Rechtsprechung und einer rational nicht nachvollziehbaren Bevorzugung der Kommunikation mit Gerichten und Behörden gegenübersteht.

Dieses Ergebnis erstaunt umso mehr, als man von dem durch Richterrecht geprägten angelsächsischen Rechtskreis auf den ersten Blick eher eine uneinheitliche Rechtsprechung erwarten würde. Die fehlende gesetzliche Normierung wird in England jedoch durch andere Mechanismen kompensiert. Einerseits befolgen die nachgeordneten Gerichte die Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in weitaus höherem Maße als beispielsweise in Deustchland. Die obersten Gerichte Englands wiederum betrachten ihre Rechtsauffassungen nicht im Sinne einer Unabänderlichkeit, sondern entwickeln diese weiter. Schließlich betrachten sich die Legislative und Judikative tendenziell als (ergebnisorientierten) Dienstleister, die – ohne starre Normierungen und das „kleben“ am Gesetzeswortlaut“ – flexibel auf Neuerungen reagieren können.

Zur unverkörperten Übermittlung lässt sich dies vorbildlich anhand der Urteilsbegründung bei „*Brinkibon Ltd*. vs. *Stahag Stahl und Stahlwarenhandelsgesellschaft*“ veranschaulichen: Das Telex als Kommunikation unter Anwesenden anzusehen sei zwar von der Literatur akzeptiert worden und

---

1089 Siehe FN 164.

habe nicht zu Schwierigkeiten im Geschäftsleben geführt. Trotzdem galt diese für das Telex aufgestellte Regel nicht pauschal für alle Kommunikationsarten. Im Gegenteil - die *mailbox-rule* sollte eigentlich nur als eine Ausnahme vom Zugangserfordernis anzusehen sein. Trotz des ursprünglichen Ausnahmecharakters wurde die mailbox-rule auf alle Kommunikationswege unter Abwesenden ausgedehnt. Als Begründung führte *Lord Brandon of Oakbrook* die positiven Erfahrungen des Wirtschaftsverkehrs an; *„the reason for the exception is commercial expediency. In such cases the exception to the general rule is more convenient, and makes on the whole for greater fairness, than the general rule itself would do*"[1090].

Moderne Kommunikationsmittel sind maßgeblich dafür verantwortlich, dass der Handels- und Rechtsverkehr an Internationalität gewinnt. Als „Treiber" des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs und damit dessen maßgeblicher Bestandteil können sie nicht durch einige Rechtsordnungen schlechthin ignoriert werden, während andere Rechtsordnungen sie vorbehaltlos akzeptieren.

Abhilfe könnte natürlich ein einheitliches europäisches Privatrecht schaffen, welches von vielen nicht nur akzeptiert, sondern hochwillkommenes Symbol angesehen würde[1091]. So bekräftigte bereits die Präambel des EWG-Vertrages von 1957 den festen Willen, die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschuss der europäischen Union zu schaffen. Unter anderem auch deshalb beschreibt Art 3h des EG-Vertrages die „Angleichung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften" ausdrücklich als Gemeinschaftsaufgabe, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes erforderlich ist. Der gesamteuropäische Gedanke wird auch in Art. 94 EG (Angleichung aller „Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken"), sowie in Art. 95 Abs. 1 EG („Alle Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben") explizit statuiert. Auch das europäische Parlament hat in zwei Resolutionen vom Mai 1989 und vom Mai 1994 zu einer Kodifikation eines europäischen Privatrechts aufgefordert und verfolgt damit denselben Gedanken wie im Jahre

1090 Vgl. auch Harris's Case, re Imperial Land Co of Marseilles (1872) L.R. 7 Ch App 587.
1091 *Rainer*, Rechtsvergleichung 77.

1814 *A.F. Thibaut*[1092].

Sicherlich würde die Einführung einheitlicher Normen zu Form- und Beweiserfordernissen einen ersten Schritt zur Schaffung eines gemeinsamen Zivil- und Verfahrensrechts darstellen. Durch klare, zeitgemäße und europaweit geltende Vorschriften könnten Legislative und Judikative die Rahmenbedingungen für Rechtsgeschäfte und ihre gerichtliche Durchsetzung standardisieren. Formvorschriften könnten ihre Schutzfunktion wieder optimal wahrnehmen und würden nicht als Hindernis bei der Geschäftsanbahnung und -abwicklung gesehen. Einheitliche Beweisvorschriften würden transparente „Spielregeln" vor Gericht schaffen und damit zur vermehrten Rechtssicherheit beitragen. Zugleich würde dem Rechtsverkehr ein einheitlicher Maßstab an die Hand gegeben, der nicht durch die Rechtswahl grenzüberschreitender Verträge „ausgehebelt" werden könnte.

Aber auch wenn Politik und Wirtschaft schon länger und heute wie selbstverständlich in europäischen Kategorien denken und auch die Gesellschaft als Ganzes mit der gemeinsamen Währung, den unkontrollierten Binnengrenzen und den Grundfreiheiten in der Europäischen Union den Kontinent zunehmend als einen zusammenhängenden Lebensraum empfindet[1093], so sind die Mitgliedstaaten der europäischen Union von einem einheitlichen europäischen Privatrecht leider noch weit entfernt.

Bis zur Inkraftsetzung europaweit geltender Normen könnte jedoch die Judikative bereits heute durch einen stärken europäischen Fokus zur Festigung eines gemeinschaftlichen Normenkonsens beitragen. Diese so genannte rechtsvergleichende Auslegung wird man im europäischen Privatrecht für grundsätzliche oder schwierige Fälle zukünftig als obligatorisch ansehen müssen. Ein komparatives Denken in gemeineuropäischen Prinzipien erlaubt, die im europäischen Raum insgesamt vorhandenen Rechtssätze in den Blick zu nehmen, aufeinander zu beziehen und so selbst aus nationalen Rechtssätzen europäische Lösungen zu entwickeln.

In jedem Fall sollte sich das Höchstgericht eines Staates bewusst sein, ob es sich

---

1092 *Zimmermann*, Savignys Vermächtnis, JBl 1998, 273.

1093 Vgl. *Flessner* in: http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/flessner-axel-2001-07-09/PDF/Flessner.pdf.

mit einer Entscheidung von der europäischen Mitte entfernt oder ihr noch nahe ist, bevor die Schraube der Formbedürftigkeit mit einer weiteren Umdrehung angezogen wird. Wenn das jeweilige Höchstgericht den Blick über den Tellerrand ignoriert, wird das Agieren mit der Zeit als unprofessionell, weil anachronistisch und unzulänglich betrachtet werden[1094].

Für das „Paradebeispiel" der gefaxten Bürgschaft müssten zur Frage ob diese – aus europäischer Sicht – rechtswirksam abgegeben werden kann, folgende Betrachtung angestellt werden:

Allen Rechtsordnungen gleich ist die Haftung aus dem erklärten Willen zur rechtlichen Bindung, das dadurch hervorgerufene Vertrauen, und das Handeln auf Grund dieses Vertrauens. Gegen eine Vertragsbindung spricht jedoch der Gedanke, dass die Menschen gegen unbedacht eingegangene Verpflichtungen zu schützen sind. Dieser Gedanke ist insbesondere im Bürgschaftsrecht wirksam und führt in jeder europäischen Rechtsordnung zu einem gewissen Schutz, wenn auch von Land zu Land in sehr unterschiedlicher normativer Gestaltung und Reichweite[1095].

Ob die deutsche und österreichische höchstrichterliche Auffassung zur Rechtssicherheit und Rechtsklarheit beitragen, muss stark bezweifelt werden. Im Hinblick auf die eingangs angesprochenen Rechtsrisiken des Kaufmanns ist England in dieser Form- und Beweisfrage meines Erachtens zum besten Ergebnis gekommen.

1094 Vgl. *Flessner* in: http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/flessner-axel-2001-07-09/PDF/Flessner.pdf.

1095 Flessner in: http://edoc.hu-berlin.de/humboldt-vl/flessner-axel-2001-07-09/PDF/Flessner.pdf.

Anhang

Anhang A: Hypothesen:

Der Empfänger eröffnet durch seine freie Willensentscheidung einen offiziellen Übermittlungsweg durch die von ihm benutzten Kommunikationsmedien. Jeder Verwender muss sicherstellen, dass seine Endgeräte einsatzbereit sind. Möchte der Empfänger die hieraus entstehenden Risiken nicht tragen, darf er die Kommunikationseinrichtung nicht nutzen.

Aufgrund der rasanten Entwicklung der Telekommunikation und ihrer Technik geht die Ansicht der deutschen und österreichischen Rechtsprechung, wonach dieser lediglich das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die ordnungsgemäße Übertragung anzeige, fehl.

Durch die Protokollierung der Übermittlung ist bei sachgemäßem Gebrauch die Zugangssicherheit größer und die Verlustquote geringer als beim Briefdienst. Der Vergleich mit der Beweislast bei Briefpostsendungen ist unzutreffend, da der Absender bei der Post – sofern nicht als Einschreiben geschickt – keinerlei Einfluss auf die Überbringung hat.

Telefax, Computerfax und Email sind trotz unterschiedlicher Funktionsweise aus juristischer Sicht einheitlich zu behandeln. Wollte man einen Ausdruck zwingend zur Kenntnisnahme fordern, wäre beim Computerfax der Zugang unter Umständen niemals gegeben. Diese sachlich ungerechtfertigte Differenzierung wäre der reinen Vernehmungstheorie zuzuordnen.

Es besteht keinerlei sachliche Begründung für eine Differenzierung beim Telefax im Verkehr zwischen Behörden und Gerichten und dem Privatrechtsverkehr.

Es ist zwischen Eingang der Signale, Ausgang des Empfangssignals und Ausdruck der Mitteilung zu unterscheiden. Mit der eingeschränkten Vernehmungstheorie ist die Mitteilung bereits mit der (Zwischen-) Speicherung und nicht erst mit dem Ausdruck in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Kann die Nachricht infolge eines Gerätefehlers nicht korrekt ausgedruckt werden, hat dies – ähnlich wie beim postfressenden Haushund – der Empfänger zu vertreten.

Legt der Absender beim Telefax das versandte Originalschreiben und den positiven Sendebericht vor und gibt er eine eidesstattliche Versicherung ab, das Fax tatsächlich zu dem im Sendeprotokoll genannten Zeitpunkt abgeschickt und das Sendeprotokoll nicht manipuliert zu haben, ist das bloße Bestreiten des Zugangs durch den Empfänger ohne Vorlage des Empfangsjournals unbeachtlich.

Für den Privatverkehr, als auch für den Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten ist die Gefahr der Manipulation von Sendeprotokollen nicht höher einzustufen als das allgemeine Fälschungsrisiko von Unterschriften oder Urkunden.

Anhang B: Amendment No 3 of the rules of the Supreme Court:

Statutory Instrument 1990 No 2599 (L.23)

The Rules of the Supreme Court (Amendment No 3) 1990

© Crown Copyright 1990

STATUTORY INSTRUMENTS

1990 No 2599 (L.23)

SUPREME COURT OF ENGLAND AND WALES

The Rules of the Supreme Court (Amendment No 3) 1990

Made 19th December 1990

Laid before Parliament 20th December 1990

Coming into force in accordance with rule 1

We, the Supreme Court Rule Committee, having power under section 85 of the Supreme Court Act 1981 to make rules of court under section 84 of that Act for the purpose of regulating and prescribing the practice and procedure to be followed in the Supreme Court, hereby exercise that power as follows:

Citation and commencement

1. (1) These Rules may be cited as the Rules of the Supreme Court (Amendment No 3) 1990 and shall come into force on 1st February 1991, except for rule 20 which shall come into force on such date as may be appointed for the coming into force of section 2 of the Contracts (Applicable Law) Act 1990 in so far as it relates to the Brussels Protocol referred to in section 1 of that Act.

(2) In these Rules, an Order referred to by number means the Order so numbered in the Rules of the Supreme Court 1965.

Issue of writs out of Admiralty and Commercial Registry

2. In Order 1, rule 4(1), after the definition of "Crown Office" there shall be inserted the following definition

"FAX" means the making of a facsimile copy of a document by the transmission of electronic signals;

3. In Order 6, rule 7(3), before the words "Issue of writ", there shall be inserted the words "Subject to rule 7A".

4. In Order 6, the following rule shall be inserted after rule 7:

...

No 2C

ENDORSEMENT ON WRIT ISSUED WHEN ADMIRALTY AND COMMERCIAL REGISTRY IS CLOSED

1. This writ is issued under Order 6, rule 7A and may be served notwithstanding that it does not bear the seal of the Court.

2. A true copy of this writ and endorsement has been transmitted to the Admiralty and Commercial Registry, Royal Courts of Justice, Strand, London WC2A 2LL, at the time and date certified below by the undersigned solicitor.

3. It is the duty of the undersigned solicitor or his agent to attend at the Registry when it is next open to the public for the writ to be sealed.

4. Any person upon whom this unsealed writ is served will be notified by the undersigned solicitor of the folio number of the action and may require the undersigned solicitor to serve a copy of the sealed writ at an address in England and Wales and may inspect without charge the documents which have been lodged at the Registry by the undersigned solicitor.

5. I, the undersigned solicitor, undertake to the Court, to the defendants named in this writ and to any other person upon whom this writ may be served:

(i) that the statement in paragraph 2 above is correct;

(ii) that the time and date given in the certificate at the foot of this endorsement are correct;

(iii) that this writ is a writ which may be issued under Order 6, rule 7A;

(iv) that I will comply in all respects with the requirements of Order 6, rule 7A;

(v) that I will indemnify any person served with the writ before it is sealed against any loss suffered as a result of the writ being or becoming invalid in accordance with Order 6, rule 7A(7).

(Signed)

Solicitor for the Plaintiff

Certificate

I, the undersigned solicitor certify that I have received a transmission report confirming that the transmission of a copy of this writ to the Registry by FAX was fully completed and that the time and date of transmission to the Registry were [time] [date].

Dated the day of 19 .

(Signed)

Solicitor for the Plaintiff

...

EXPLANATORY NOTE

(This note is not part of the Rules)

These Rules amend the Rules of the Supreme Court 1965 so as—

(a) to make provision for the issue of writs when the Admiralty and Commercial registry is closed and for this and any other purposes to define the term "FAX"*(rules 2 to 6)*;

(b) to extend the circumstances in which service of a writ out of the jurisdiction is permissible to cover claims made under the Financial Services Act 1986 *(rule 7)*;

(c) to make provision for the disposal of cases on points of law or construction *(rules 8 to 10)*;

(d) to require a defendant to serve his defence on every other party to the action who may be affected by it *(rule 11)*;

(e) to clarify the procedure on appeal to the High Court where a case is stated by a tribunal or other body of its own motion *(rule 12)*;

(f) to enable the Court of Appeal to revise amounts of damages awarded by juries in all cases where the Court considers them excessive or inadequate *(rule 13)*;

(g) to provide for the service of documents by facsimile transmission and to amend the rules governing the service of documents through a document exchange *(rule 14)*;

(h) to abolish the requirement for specially endorsed affidavits in mortgage possession actions *(rule 15)*;

(i) to establish procedural requirements in relation to certain proceedings under the Companies Act 1989 *(rule 16)*;

(j) to provide that applications under section 245 B (1) of the Companies Act 1985 be made by originating motion *(rule 17)*;

(k) to admit hearsay evidence in summary proceedings for the possession of land *(rules 18 and 19)*;

(l) to include those instruments referred to in the Contracts (Applicable Law) Act 1990 in the list of instruments whose interpretation may be referred to the European Court *(rule 20)*;

(m) to correct an error in the Rules of the Supreme Court (Amendment No 2) 1990 *(rule 21)*.

Anhang C: Abkürzungsverzeichnis:

A

A	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs
abo. telex	Nachfolger des herkömmlichen Fernschreibdienstes (Telexdienstes)
ABR	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
Abs	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council
AcP	Archiv für die civilistische Praxis; zitiert mit Band – ggf Jahr –, Seite
AdoptG	(österreichisches) Adoptionsgesetz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht; zitiert mit Jahr, Seite
AG	Aktiengesellschaft
AGO	Allgemeine Gerichtsordnung
AktG	Aktiengesetz
Ald	American Law Register
All E.R.	All England Law Reports
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt; Nachrichtenblatt der Österreichischen Rechtsanwaltschaft; zitiert mit Jahr, Seite (Abhandlungen) oder Jahr/Nummer (Entscheidungen)
AO	Abgabenordnung
AOL	American Online, amerikanischer Onlinediensteanbieter
AP	Arbeitsrechtliche Praxis; zitiert mit Gesetzesstelle/ggf Schlagwort, Nummer
App	Appeal Cases, House of Lords
ArbRSlg	Entscheidungen des (deutschen) Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte; zitiert mit Band, Seite
Arg	argumentum
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AußStrG	Außerstreitgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
AZR	Aktenzeichen der Entscheidungen des (deutschen) BAG

B

B	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts; zitiert mit Band, Seite
BARD	Beyond a reasonable doubt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater; zitiert mit Jahr, Seite
Bd	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	(deutscher) Bundesfinanzhof

BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs; zitiert mit Band, Seite
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch, auch zitiert mit dBGB
Beschl. v.	Beschluss vom
BGBl	Bundesgesetzblatt, zitiert mit Jahr/Nummer
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHR	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; zitiert mit Gesetz, Paragraph, Nummer, Schlagwort
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen; zitiert mit Band, Seite
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; zitiert mit Band, Seite
BKD	Bestandteil der Aktenzeichen der OBDK
BNotO	Bundesnotarordnung
BR	Bundesrat
Brbg	Brandenburg
BReg	Bundesregierung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Bs	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
BSG	(deutsches) Bundessozialgericht
BStBl	(deutsches) Bundessteuerblatt
BT-Drs	Drucksache des deutschen Bundestags
Btx	Bildschirmtext
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts; zitiert mit Band, Seite
BVerwG	(deutsches) Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts; zitiert mit Band, Seite
BvR	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

C

C	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
ca	circa
C.A.	Court of Appeal
CB (NS)	Common Bench Reports (New Series)
CCBE	Commission de Conseil des Barreaux européens (Rat der Anwaltschaften der Europäischen Gemeinschaft)
CCITT	Comité Consultatif International Telephone et Telegrafique, abgelöst durch die International Telekommunication Union (UN-Institution zur Standardisierung mit Sitz in Genf – ITU)
CD-Rom	Compact Disk – Read Only Memory
CDU	Christlich Demokratische Union
Ch	Chapter
CISG	International Sale of Goods
Civ	Internationales Übereinkommen über den Eisenbahn-, Personen- und Gepäcksverkehr
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
Co	Company

Comm	Commercial
C.P.C.	Common Pleas Court
C.P.D.	Common Pleas Division
CR	Computer und Recht; zitiert mit Band, Seite

D

D	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
DB	Der Betrieb; zitiert mit Jahr, Seite
dBGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
Dec.	Decision
d.h.	das heißt
ders.	derselbe Autor
Dir. Comm. Int.	Diritto Commerciale Internazionale, zitiert mit Jahr, Seite (Zeitschrift)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung; zitiert mit Jahr, Seite
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift; zitiert mit Jahr, Seite
dpi	dots per inch (Andruckpunkte pro Zoll)
dRGBl	deutsches Reichgesetzblatt
DRIG	deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung; zitiert mit Jahr, Seite
DSG	Datenschutzgesetz
Dst 1990	Disziplinarstatut 1990
DuD	Zeitschrift für Datenschutz; zitiert mit Jahr, Seite
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; zitiert mit Jahr, Seite

E

E	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht; zitiert mit Jahr, Seite
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen; zitiert mit Nummer
EG	Europäische Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Email	Elektronische Mail
EOL-Signal	End of line (Steuerzeichen für Ausgabegeräte wie Telefax)
E.R.	English Reports
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
ERV	Elektronischer Rechtsverkehr
etc	et cetera
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen vom 27.09.1968 über die Gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZVO	Europäische Zustellungsverordnung
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidung in: Österreichische Juristenzeitung; zitiert mit Jahr/Nummer
EWCA	England & Wales Court of Appeal
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	England & Wales High Court

EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht; zitiert mit Jahr, Seite
Ex. D.	Exchequer Decisions
Ext	Extract

F

f	und der, die folgende
FamRZ	Familienrechtszeitschrift, zitiert mit Jahr, Seite
FAQ	Frequently asked questions
Ff	und der, die folgenden
FG	Familiengericht
FGG	(deutsches) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGW	Forschungsgesellschaft für Wohnen, Bauen und Planen
FN	Fußnote
FormAnpG	Formanpassungsgesetz
FS	Festschrift
FSK	Frequency Shift Keying (Modulation)

G

G	Gesetz
GBAG	Entwurf eines Gebäudebewirtschaftungs- und -abrechnungsgesetz
Geo	Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz BGBl 1951/264
gez.	gezeichnet
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf	gegebenenfalls
GleichberG	Gleichberechtigungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Gms-OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht; zitiert mit Jahr, Seite
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

H

H	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
HausTWG	Haustürwiderrufsgesetz
HDLC	High-Level Data Link Control
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
Hs	Halbsatz
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen; zitiert mit Nummer
HV	handvermittelt

I

idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IHK	Industrie- und Handelskammer
ImmZ	Österreichische Immobilien-Zeitung; zitiert mit Jahr, Seite
Inc.	Incorporated
Inmarsat-C	Paketbasierter Dienst der International Maritime Satellite Organisation, über den z.B. E-Mail-Verkehr und Telex abgewickelt oder Wetterinformationen empfangen werden können.
IP	Internet Protocol
IPR	Internationales Privatrecht
IPX	Internet Paket Exchange Protocol (Novell Protokoll für OSI Level 3)
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
ISDN	Integrated Services Digital Network
ISO	International Standard Organisation (International Organisation for Standardisation)
iSv	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
iVm	in Verbindung mit

J

JagdG	Jagdgesetz
JBl	Juristische Blätter; zitiert mit Jahr, Seite
Jg	Jahrgang
JN	Jurisdiktionsnorm
JherJB	Jherings (früher auch Iherings) Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau; zitiert mit Jahr, Seite
Juris	Online Datenbank
JurPC	Internetzeitschrift für Rechtsinformatik; zitiert mit Jahr, Seite
JuS	Juristische Schulung; zitiert mit Jahr, Seite
JZ	Juristenzeitung; zitiert mit Jahr, Seite

K

Kap	Kapitel
KartG	Kartellgesetz
KB	Law Reports, Kings Bench Division
KG	a) Kommanditgesellschaft b) Kammergericht
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz
K&R	Kommunikation & Recht; zitiert mit Jahr, Seite
KSchG	Konsumentenschutzgesetz

L

LA	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
LAG	Landesarbeitsgericht
L. Cas.	Law Cases

LG	a) Landesgericht (Österreich) b) Landgericht (Deutschland)
LGVÜ	Luganer Gerichtszuständigkeits- und Vollstreckungs-Übereinkommen
LJ	a) Lord Justice of Appeal b) The Law Journal
LM	Nachschlagwerk des (deutschen) Bundesgerichtshofes; zitiert mit Gesetzesstelle, Untergliederung, Nummer
Losebl.	Loseblätter
LQR	Law Quarterly Review
L.R.	Law Reports
LS	Loco sigilli (Ort des Siegels)
LSG	a) Law Society's Gazette b) Landessozialgericht
Ltd	Limited (Bezeichnung eine englischer Gesellschaft mit beschränkter Haftung)

M

m. Anm.	mit Anmerkungen
MBO-Ä 1997	Musterberufsordnung für Ärzte
M.C.A.	Magistrates' Court Act
MCF	Message confirmation
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht; zitiert mit Jahr, Seite
MedienG	Mediengesetz
MMR	Multi Media & Recht; zitiert mit Jahr, Seite
MR	Medien + Recht; zitiert mit Heft, Seite
MRG	Mietrechtsgesetz
MSN	Microsoft Network (Netzwerksoftware des Unternehmens Microsoft)
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zitiert mit Bearbeiter, Paragraph, Randziffer
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen

N

NehelG	Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift; zitiert mit Jahr, Seite
NJW-CoR	NJW-Computer & Recht; zitiert mit Jahr, Seite
NJW-RR	NJW-Rechtssprechungs-Report Zivilrecht; zitiert mit Jahr, Seite
No	Nummer
Nr	Nummer
NRsp	Neue Rechtssprechung des OGH in: Österreichische Juristen-Zeitung; zitiert mit Jahr/Nummer
NS	New Series
N.S. Co. Ct.	Nova Scotia County Court
NV	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung; zitiert mit Jahr, Seite
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht; zitiert mit Jahr, Seite
NZwG	Notariatszwangsgesetz

O

O	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
O.	Order
o.ä.	oder ähnliche
Ob	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
OBDK	Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter
ÖBA	Österreichisches Bank Archiv; zitiert mit Jahr, Seite
o.g.	oben genannt
OGH	österreichischer oberster Gerichtshof
o. J.	ohne Jahr
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung; zitiert mit Jahr, Seite
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report (getrennt für jedes OLG)
OR	Obligationenrecht
O.R.	Official Reports
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung; zitiert mit Jahr, Seite
Os	Aktenzeichen der Entscheidungen des österreichischen OGH
OSI	Open System Interconnection (Kommunikationsstandard der ISO)
OVG	Oberverwaltungsgericht
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung

P

P.A.C.E.	Police and Criminals Evidence Act 1984
para	paragraph (Absatz)
paras	paragraphs
pdf	Dateiformat des Herstellers Adobe Acrobat
Plc	Public Limited Company
PR-ITR	Praxis-Report IT-Recht des Unternehmens Juris
PSK	Phase Shift Keying (Modulation)

Q

QAM	Quadrature Amplitude Modulation
Q.B.	Law Reports, Queen’s Bench Division

R

r.	rule
R	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
RA	Rechtsanwalt
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft; zitiert mit Jahr, Seite
re	refering to
Rep.	Reports
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt (deutsch: Jahr ggf Teil Seite; österreichisch: Jahr/Nummer)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; zitiert mit Band, Seite

RIS	Rechtsinformationssystem
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL-BA 1977	Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwaltsanwärter, kundgemacht im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 14.12.1977
RMGCT	Response Management Germany Core Team
RöntgenVO	Röntgenverordnung
RPfleger	Rechtspfleger
RSC	Rules of the Supreme Court
r. Sp.	rechte Spalte
Rspr	Rechtssprechung
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung; zitiert mit Jahr, Seite oder Jahr/Nummer

S

S	a) Seite b) Satz c) Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
s.	siehe
s. a.	siehe auch
Sa	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
Sächs.	sächsich, -e, -es
Sbg	Salzburg
SC	Court of Session Cases (Scotland) – House of Lords
S.C.	Supreme Court
SchRÄG	Schuldrechtsänderungsgesetz
Sect.	Section
sFr	Schweizer Franken
SigG	Gesetz zur digitalen Signatur
SigV	Signaturverordnung
Slg.	Sammlung
SITOR	Simplex Telex over Radio (Funkfernschreibsystem)
Slg	Sammlung
SLT	Scot's Law Times
SMG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts
SMS	Short Message Service
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SPX	Sequenced Packet Protocoll (Novell Netware Protokoll)
st.	ständig(e)
StPO	Strafprozessordnung
StR	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen; zitiert mit Band/Nummer

T

T	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
Ta	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens

Tbd	Teilband
TcP/IP	Tranfer Control Protocol / Internet Protocol
Telex	Teletype Exchange
TP	a) Transfer Protocol b) Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
TranspR	Transportrecht
TW	Teilnehmerwahlbetrieb

U

U	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
u.a.	a) und andere, -s b) unter anderem
u.ä.	und ähnliche, -s
u.a.m.	und andere, -s mehr
U.C.P.	Uniform Customs and Practices for Documentary Credits
UF	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
Ufita	Archiv für Urheber-, Film, Funk- und Theaterrecht; zitiert mit Band, Seite
Urt. v.	Urteil vom
US	United States
usw	und so weiter
u.v.a.	und viele andere
UVS	Unabhängige Verwaltungssenate

V

v.	von, vom
V	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz – aufgehoben durch Art 6 Nr 3 SMG
VersE	Versicherungsrechtliche Entscheidungen
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung; zitiert mit Jahr, Seite
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes; zitiert mit Nummer
Vf.	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume (Band)
VR	Bestandteil der Aktenzeichen des österreichischen OGH
vs.	versus (gegen)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft, zitiert mit Jahr, Seite
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGo	Verwaltungsgerichtsordnung
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes; zitiert mit Nummer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

W

W	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
Web-Dok.	Internet-Dokument
WLR	Weekly Law Reports
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen; zitiert mit Jahr, Seite
WoBl	Wohnrechtliche Blätter; zitiert mit Jahr, Seite
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis; zitiert mit Jahr, Seite

X

X	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens

Z

ZAK	Zivilrecht aktuell; zitiert mit Jahr, Seite
z.B.	zum Beispiel
ZB	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht; zitiert mit Jahr, Seite
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz; zitiert mit Jahr, Seite
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis; zitiert mit Jahr, Seite
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis; zitiert mit Jahr, Seite
ZPO	Zivilprozessordnung (je nach Kontext die deutsche oder österreichische ZPO)
ZR	Bestandteil eines gerichtlichen Aktenzeichens
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht; zitiert mit Jahr, Seite
ZustG	Zustellgesetz
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft; zitiert mit Band – ggf Jahr – Seite
ZVN	Zivilverfahrens-Novelle
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess; zitiert mit Band – ggf Jahr – Seite

Anhang D: Literaturverzeichnis:

Ahrens Hans-Jürgen, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZZP 96 (1983) S. 1ff.

Andrews Neil, Principles of Civil Procedure, Sweet & Maxwell Verlag London, 1994.

Anson William, *Anson's* Law of contract, Clarendon University Press Oxford, 27. Auflage 1998.

Armbrüster Thomas, Der Zugang beurkundungsbedürftiger Willenserklärungen, NJW 1996 S. 438ff.

Auerbach Andreas, Bestellvorgänge mittels Bildschirmtext, CR 1988 S. 18ff.

Austin John, Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law Band I und Band II, Murray Verlag London, 5. Auflage 1991

Avancini Peter / *Iro Gert* / *Koziol Helmut*, Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II Manz Verlag Wien, 1993.

Baker John, An Introduction to English Legal History, Butterworths Verlag London, 3 Auflage 1990.

Baker John / *Milsom S.F.C.*, Sources of English Legal History, Private Law to 1750, Butterworths Verlag London, 1986.

Ballon Oskar, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht – Streitiges Verfahren Leykam Verlag Graz, 11. Auflage 2006.

Baltzer Johannes / *Baumgärtel Gottfried* / *Peters Egbert* / *Pieper Helmut*, Elektronische Datenverarbeitung in der kaufmännischen Buchführung und Prozessrecht in: FS- Rudolf *Bruns*, Franz Vahlen Verlag München, 1980.

Baum Stefan, Der elektronische Vertragsabschluss, zu finden unter: http://pages.unibas.ch/diss/2001/DabsB_6136.pdf, Dissertation 2001.

Baumbach Adolf / Lauterbach Wolfgang / Albers Jan / Hartmann Peter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Verlag Beck München, 64. Auflage 2006.

Baumgärtel Gottfried / *Laumen Hans-Willi* / *Prütting Hanns*, Handbuch der Beweislast. BGB, Allgemeiner Teil Band I (§§ 1-240 BGB), Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 3. Auflage 2007.

Benzler Hartwig, Fälschungssichere Telefaxe, CR 2000 S. 411f.

Berensmann Wolfgang, Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht, Duncker & Humblot Verlag Berlin, 1988.

Bernstorff, Christoph Graf von, Einführung in das englische Recht, Beck Verlag München, 3. Auflage 2005

Birk Hans-Jörg, Wer führt den Zivilprozess, der Anwalt oder der Richter? NJW 1985 S. 1489f.

Blackmore C.A., Postbow – Fax Black Hole, Law's Society's Gazette 3 June 1992 LSG 89.21 (15).

Blackstone William, Commentaries on the Law of England (1765 – 1769), Adamant Media Corporation Boston, Reprint 2000.

Bohatiuk Erwin, Beweiswert gespeicherter Informationen, CR 1989 S. 535ff.

Borges Georg, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, Beck Verlag München, 2003.

Bork Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Mohr Siebeck Verlag Tübingen, 2. Auflage 2006.

Borns Rainer, Übermittlungsrisiko beim Telefax, RdW 1995 S 131f.

Bräutigam Peter / *Leupold Andreas*, Online Handel, Beck Verlag München, 2003.

Braun Johann, Bedeutung des OK-Vermerks im Sendebericht bei Übermittlung von Willenserklärungen per Telefax (Anmerkung zu BGH, Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93), WuB VII A. § 286 ZPO 2.95.

Brenn Christoph, Signaturgesetz: Bundesgesetz BGBl I 1990/190. Mit den Materialien und zusätzlichen Anmerkungen Manz Verlag Wien, 1999.

Brinkmann Werner, Vertragrechtliche Probleme bei Warenbestellungen über Bildschirmtext, BB 1981 S. 1183ff.

Brinkmann Werner, Fragen bei der Nutzung von Bildschirmtext, ZUM 1985 S. 337ff.

Brox Hans / *Walker Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 31. Auflage 2007.

Buchegger Walter / *Deixler-Hübner Astrid* / *Holzhammer Richard*, Praktisches Zivilprozessrecht Band I, Streitiges Verfahren, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 6. Auflage 1998.

Buckenberger Hans-Ulrich, Die Einlegung von Rechtsmitteln mit Hilfe moderner Kommunikationswege, NJW 1983 S. 1475ff.

Buckenberger Hans-Ulrich, Teletex – Formerfordernis, Absendung, Zugang, DB 1982 S. 634ff.

Buckenberger Hans-Ulrich, Fernschreiben und Fernkopien – Formerfordernisse, Absendung und Zugang, DB 1980 S. 289ff.

Bülow Peter, Zu den formellen Voraussetzungen einer Bürgschaftserklärung, Anm. zu BGH, 28.01.1993 – IX ZR 259/91, ZEuP 1994 S. 493f.

Bunge Jürgen, Zivilprozeß und Zwangsvollstreckung in England und Schottland, Duncker & Humblot Verlag Berlin, 2. Auflage 2005.

Burgard Ulrich, Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation, AcP 195 (1995) S. 74ff.

Bydlinski Franz, Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze, in. Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für *Robert Walter* zum 60. Geburtstag, Manz Verlag Wien, 1991 S. 105ff.

Bydlinski Franz, Zur Übermittlung einer Bürgschaftserklärung durch Telefax, ZEuP 1997 S. 1137ff.

Bydlinski Franz, Telefaxbürgschaft: OGH folgt BGH, RdW 1996 S. 196f.

Call Gottfried / *Hanel Norbert*, Gebäudebewirtschaftungsrecht (GBAG), Endbericht FGW: 5/2004, http://www.iibw.at/deutsch/portfolio/wohnen/downloads/GBAG%20End bericht%200405.pdf.

Canaris Claus-Wilhelm, Bankvertragsrecht Band I, De Gruyter Verlag Berlin, 3. Auflage 1988.

Cardozo Benjamin, The Nature of the Judicial Process, New Haven Yale University Press, 27. Auflage 1967.

Chitty Joseph, *Chitty* on ContractsBand I, Sweet & Maxwell Verlag London, 28. Auflage 2001.

Clemens Rudolf, Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren, NJW 1985 S. 2005ff.

Coester-Waltjen Dagmar, Internationales Beweisrecht: das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug, Münchner Universitätsschriften Verlag, Dissertation 1983.

Cordes Albrecht, Telefax und Übereilungsschutz, NJW 1993 S. 2427ff.

Cordes Alexandra, Form und Zugang von Willenserklärungen im Internet im deutschen und US-amerikanischen Recht, Schriften zum Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, LIT Verlag Münster, Hamburg, Berlin, Wien, London (2001).

Däubler Wolfgang, Das Zivilrecht I. Ein Leitfaden durch das BGB, Rowohlt Verlag Reinbeck, 1997.

Dästner Christian, Neue Formvorschriften im Prozessrecht, NJW 2001 S. 3469ff.

Daumke Michael, Rechtsproblem der Telefaxübermittlung, ZIP 1995 S: 722f.

David René / *Grasmann Günter*, Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart: auf der Grundlage "Les grands systèmes de droit contemporains", von René David und Camille Jauffret Spinosi, Beck Verlag München, 2. Auflage 1988.

Deixler-Hübner Astrid, Prozessualer Streitgegenstand und Mitverschuldenseinwand. Zugleich ein Beitrag zur richterlichen Prozessleitungspflicht, in: Festschrift für *Rainer Sprung* zum 65. Geburtstag, Manz Verlag Wien, 2001.

Deixler-Hübner Astrid / *Klicka Thomas*, Zivilverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts, LexisNexis ARD Orac Verlag Wien, 4. Auflage 2005.

Dilcher Hermann, Der Zugang von Willenserklärungen, AcP 154 (1955) S. 120ff.

Dittrich Robert / *Tades Helmuth*, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Samt den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen, Manz Verlag Wien, 22. Auflage 2007.

Dörner Heinrich, Rechtgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002) S. 363ff.

Dörner Heinrich / *Ebert Ina* / *Eckert Jörn*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Nomos Verlag Baden Baden, 2001.

Dübbers Robert, Das neue „Einwurf Einschreiben“ der deutschen Post AG und seine juristische Einordnung, NJW 1997 S. 2503f.

Dullinger Silvia, Falsche Adresse im Versicherungsvertrag in JBl 1986 S. 13ff.

Ebbing Frank, Schriftform und Email, CR 1996 S. 271ff.

Ebnet Peter, Die Entwicklung des Telefax-Rechts seit 1992, JZ 1996 S. 507ff.

Ebnet Peter, Rechtsprobleme bei der Verwendung von Telefax, NJW 1992 S. 2985ff.

Elzer Oliver / *Jacoby Florian*, Durch Fax übermittelte Willenserklärungen und Prozesshandlungen, ZIP 1997 S. 1821ff.

Erman Walter / *Westermann Harm Peter*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Aschendorff Rechtsverlag Münster, 11. Auflage 2004.

Ernst Stefan, Beweisprobleme bei E-Mail und anderen Online-Willenserklärungen, MDR 2003 S. 1091ff.

Ernst Stefan, Der Mausklick als Rechtsproblem - Willenserklärungen im Internet, NJW-CoR 1997 S. 165ff.

Ernst Stefan, Grundzüge der Vertragsgestaltung im Internet, Beck Verlag München, 2003.

Ernst Stefan, Wirtschaftsrecht im Internet, BB 1997 S. 1057f.

Esser Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Quellen zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, Mohr Siebeck Verlag Tübingen, 1956.

Eyermann Erich, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Beck Verlag München, 10. Auflage 1998.

Fasching Hans, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989 S. 289ff.

Fasching Hans / *Konecny Andreas*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Manz Verlag Wien, 2. Auflage 2003.

Feil Erich / *Wennig Fritz*, Anwaltsrecht, Linde Verlag Wien, 4. Auflage 2006.

Feuerich Wilhelm / *Weyland Dag*, Bundesrechtsanwaltsordnung, Franz Vahlen Verlag München, 6. Auflage 2003.

Fezer Karl-Heinz, Klausurenkurs zum BGB Allgemeiner Teil: Zivilrechtliches Examinatorium, Luchterhand Verlag Neuwied 6. Auflage 2003.

Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II – Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, Heidelberg, 4. Auflage 1992.

Forte Angelo, The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Reason or Unreason in the United Kingdom, 26 Baltimore Law Review (1997) S. 51ff.

Friedrich Fabian, Der Beweiswert des Einwurfeinschreibens der Deutschen Post AG, VersR 2001 S. 1090ff.

Fritzemeyer Wolfgang / *Heun Sven-Eric*, Rechtsfragen des EDI, CR 1992 S. 129ff.

Fritzsche Jörg, Zum Nachweis des Zugangs einer per Telefax abgegebenen Willenserklärung, JZ 1995 S. 630f.

Fritzsche Jörg / *Malzer Hans*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, DNotZ 1995 S. 3ff.

Germann Oscar, Präjudizien als Rechtsquelle, Alqvist & Wiksell Verlag Stockholm 1960.

Geßler Ernst / *Hefermehl Wolfgang* / *Eckardt Ulrich* / *Kropff Bruno*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band II, Beck Verlag München, 2. Auflage 2003.

Gitschthaler Edwin, Anmerkung zu OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92, JBl 1993 S. 732f.

Gmür Rudolf, Das schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Stämpfli Verlag Bern, 1965.

Gold Stephen, Fax about Service, New Law Journal (1988) Vol. 138 No 6374, 16. September 1988.

Goodhart Arthur, Blackmail and Consideration in Contracts, in: LQR 44, 1928 S. 436ff.

Gounalakis Georgios, Rechtshandbuch Electronic Business, Beck Verlag München, 2003.

Graf Georg, Rechtsfragen des Telebanking, Bank Verlag Wien, 1997.

Gray Kevin / *Gray Susan*, Elements of Land Law, Butterworths Verlag London, 3. Auflage 2001.

Graef Ralph, Die Vorbereitung und Durchführung des Haupttermins im deutschen und im englischen Zivilprozess, ZvglRWiss 95 (1996) S. 92ff.

Greulich Heinrich, Der Fernschreiber – Rechtsfragen bei der Verwendung im Geschäftsverkehr, BB 1954 S. 491ff.

Gruber Michael / *Mader Peter*, Internet und E-Commerce: neue Herausforderungen an das Privatrecht, Manz Verlag Wien, 2000.

Gschnitzer Franz / *Klang Heinrich*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Band IV, 1. Halbband, §§ 859 – 1044, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei Wien, 2. Auflage 1951.

Gschnitzer Franz / *Faistenberger Christoph* / *Barta Hans*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 2. Auflage 1992.

Habscheid Walther, Beweislast und Beweismaß – ein kontinentaleuropäisch-angelsächsischer Rechtsvergleich in: Festschrift für *Gottfried Baumgärtel* zum 70 Geburtstag, Carl Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 1990 S. 105ff.

Hadding Walther / *Schneider Uwe*, Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil IV: England, Duncker und Humblot Verlag Berlin, 1980.

Hartmann Werner, Der Trust im englischen Recht, Juris Verlag Zürich, Dissertation 1956.

Hattenauer Hans, Thibaut und Savigny: Ihre Programmatischen Schriften, Verlag Beck München, 1973.

Herber Rolf / *Czerwenka Beate*, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, Beck Verlag München, 1991.

Heermann Peter, Vertrags- und Wettbewerbsrechtliche Probleme bei der E-Mail-Nutzung, K&R 1999 S. 6ff.

Heinemann Jörn, Neubestimmung der prozessualen Schriftform, Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, Dissertation 2002.

Heinemann Jörn, Neue Formvorschriften im Privatrecht – Ein Jahr „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr", ZNotP 2002 S. 414ff.

Hellweg August, Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der deutschen Civilprozeß-Ordnung, AcP 61 (1878) S. 78ff.

Henrich Dieter, Einführung in das englische Privatrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, 1971.

Henrich Dieter / *Huber Peter*, Einführung in das englische Privatrecht, Recht und Wirtschaft Verlag Heidelberg, 3. Auflage 2003.

Heun Sven-Erik, Die elektronische Willenserklärung – Rechtliche Einordnung, Anfechtung und Zugang, CR 1994 S. 595ff.

Herwig Volker, Zugang und Zustellung in elektronischen Medien, MMR 2001 S. 145ff.

Hoeren Thomas / *Sieber Ulrich*, Handbuch Multimedia-Recht, Loseblattsammlung, Beck Verlag München, Stand: April 2007.

Hoeren Thomas / *Spindler Gerald*, Versicherung im Internet, Veröffentlichungen der Hamburger Gesellschaft zur Förderung des Versicherungswesens mbH Hamburg, Versicherungswirtschaft (VVW) Verlag Karlsruhe, 2001

Hölder, Eduard, Zur Theorie der Willenserklärung, Duncker und Humblot Verlag Leipzig, 1905.

Hogg, Quintin Hailsham of St. Marylebone, A Sparrow's Flight: The Memoirs of Lord Hailsham of St. Marylebone, William Collins & Sons Ltd Verlag London, 1990.

Hohl Michael / *Leilbe Stefan* / *Sosnitza Olaf*, Vernetztes Recht, Boorberg Verlag Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 2001.

Holzhammer Richard / *Roth Marianne*, Bürgerliches Recht mit internationalem Privatrecht, LexisNexis ARD Orac Verlag Wien, 6. Auflage 2004.

Honsell Heinrich / *Vogt Nedim* / *Wiegand Wolfgang*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1 – 529 OR; Helbing und Lichtenhahn Verlag Basel, 4. Auflage 2007.

Horn Norbert, Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch, NJW 2000 S. 40ff.

Hübner Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, De Gruyter Verlag Berlin , 2. Auflage 2000.

Hunke Marc, Das Einschreiben im Versicherungsrecht, VersR 2002 S. 660ff.

Iro Heinrich, Vertragsschluss per Fax und Rücktrittsrecht nach § 3 KSchG, RdW 1993 S. 1f.

Isele Hellmut, Ein halbes Jahrhundert deutsches bürgerliches Gesetzbuch, AcP 150 (1949) S. 1ff.

Jabornegg Peter / *Schiemer Karl* / *Strasser Rudolf*, Kommentar zum Aktiengesetz, Manz Verlag Wien, 3. Auflage 1993.

Jänich Volker, Übermittlung empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Versicherungsvertragsrecht – Übergabe-Einschreiben contra Einwurf-Einschreiben, VersR 1999 S. 535ff.

Jahoda Ernst, Über die Grenzen der Standesehre, NaBl 1964 S. 34ff.

Jakobs Horst / *Schubert Heinrich*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil §§ 1-240, 1. Teilband, De Gruyter Verlag Berlin, 1985.

Janisch Sonja, Online Banking. Rechtsfragen des elektronischen Überweisungsverkehrs, Bank Verlag Wien, 2001.

Jauernig Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Kommentar, Beck Verlag München, 11. Auflage 2004.

Jöstlein Hans, Technische Aufzeichnungen als Beweismittel im Zivilprozess, DRiZ 1973 S. 412ff.

John Uwe, Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184 (Tübingen 1984) S. 385ff.

Karollus Martin, Kaduzierung von GmbH-Anteilen: Androhung durch einfachen Brief oder durch Telefax? ecolex 1997 S. 436ff.

Karollus Martin, Praxisfragen der Vertragsauslegung, AnwBl 1996 S. 818ff.

Karollus Martin, Zur Neuregelung der Anfechtungsfrist für Generalversammlungs-beschlüsse (§ 41 Abs 4 GmbHG idF des EU-GesRÄG), in RdW 1996 S. 516f.

Kessel Christian, Grundzüge des englischen Zivilprozessrechts, ZvglRWiss 92 (1993) S. 395.

Kier Roland, Abschaffung oder Reform der österreichischen Pflichtverteidigung? Eine Problembetrachtung, juridikum 2002 S. 3ff.

Kissel Otto, Internet für und gegen alle? NJW 2006 S. 801ff.

Klauser Alexander / *Kodek Georg*, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordung, Manz Verlag Wien, 16. Auflage 2006.

Kleine-Cosack Michael, Bundesrechtsanwaltsordnung, Beck Verlag München, 4. Auflage 2003.

Klicka Thomas, Aufklärungspflichten der Prozeßparteien im österreichischen Zivilprozeßrecht, JBl 1992 S. 231ff.

Knack Hans / *Busch Jost* /*Clausen Wolfgang*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München 8. Auflage 2003.

Knapp Wolfgang, Der Verteidiger – ein Organ der Rechtspflege? Carl Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 1974 S. 140.

Koch Frank, Internet-Recht: Praxishandbuch zu Dienstenutzung, Verträgen, Rechtsschutz und Wettbewerb, Haftung, Arbeitsrecht und Datenschutz im Internet, zu Links, Peer-to-Peer-Netzen und Domain-Recht, Oldenbourg Verlag München, Wien, 2. Auflage 2005.

Köhler Helmut, Einführung zum BGB in: BGB, Beck Texte im dtv, Beck Verlag München, 57. Auflage 2006, S. Iff.

Köhler Helmut, Die Unterschrift als Rechtsproblem, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von *Helmut Schippel*, Beck Verlag München, 1996 S. 209ff.

Köhler Helmut, Rechtsgeschäfte mittels Bildschirmtext, in: *Hübner Heinz*, Rechtsprobleme des Bildschirmtextes, Beck Verlag München, 1986 S. 51ff.

Köhler Helmut, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982) S. 126ff.

Koller Ingo, Transportrecht Kommentar zu Spedition und Gütertransport, Beck Verlag München, 5. Auflage 2004.

Konecny Andreas, Schriftsatzrecht und Kommunikationsmittel in: Festschrift für *Rainer Sprung* zum 65. Geburtstag, Manz Verlag Wien, 2001 S. 217ff.

Koschaker Paul, Europa und das römische Recht, Beck Verlag München, 4. Auflage 1966.

Koziol Helmut, Zur Frage der Formwirksamkeit einer Bürgschaft bei Telefax, EWiR 1993 S. 561f.

Koziol Helmut / *Welser Rudolf*, Grundriß des Bürgerlichen Rechts Band I, Manz Verlag Wien, 13 Auflage 2006.

Koziol Helmut / *Bydlinski Franz* / *Bollenberger Raimund*, ABGB-Kommentar, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 2. Auflage 2007.

Kriele Martin, Normbildung durch Präjudizien in: *Oelmüller Walter*, Norm und Geschichte (Material zur Normendiskussion Band III), Uni Taschenbücher Verlag (UTB) Stuttgart, 1979.

Kröger Detlef / *Gimmy Marc*, Handbuch zum Internetrecht, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 2000.

Straube Manfred, Kommentar zum Handelsgesetzbuch mit den einschlägigen Vorschriften, Manz Verlag Wien, 3. Auflage 2003.

Landfermann Hans-Georg, Der Richtlinienvorschlag Elektronischer Geschäftsverkehr – Ziele und Probleme, ZUM 1999 S. 795ff.

Langbein John, Zivilprozeßrechtsvergleichung und der Stil komplexer Vertragswerke, ZvglRWiss 86 (1987) S. 141ff.

Larenz Karl / *Wolf Manfred*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Beck Verlag München, 9. Auflage 2004.

Law Society, Law Society's Gazette, Professional – Legal Practice – Use of Faxes 27 November 1991 LSG 88.43 (15).

Lewisch Peter / *Rechberger Walter*, 100 Jahre ZPO, Manz Verlag Wien, 1998.

Lindenmaier Fritz / *Möhring Philipp*, Nachschlagwerk des (deutschen) Bundesgerichtshofes, Loseblattsammlung, Beck Verlag München, Stand: 1985.

Linke Rainer, Zum Zugang einer Kündigungserklärung des Arbeitgebers per Telefax bei bewusst nicht gefülltem Papierspeicher des dienstlichen Empfangsgeräts durch Arbeitnehmer, EWiR 1993 S. 547f.

Liwinska Malgorzata, Übersendung von Schriftsätzen per Telefax – Zulässigkeit, Beweisbarkeit und Fristprobleme, MDR 2000 S. 500ff.

Loewe Roland, Bestimmungen der CMR über Reklamationen und Klagen, TranspR 1988 S. 309ff.

Löwenheim Ulrich / *Koch Frank*, Praxis des Online-Rechts, Beck Verlag München, 1998.

Lüke Gerhard / *Wax Peter*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Beck Verlag München, 2. Auflage 2000.

Lurger Brigitta, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce unter Einschluss des Verbraucherrechts und des Kollisionsrechts, 12. Versicherungswissenschaftliches Symposion Graz, 23.- 24. November 2000 „Versicherung und E-Commerce“, VR 2001 S. 14ff.

Lutter Marcus, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Carl Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 2. Auflage 1996.

Mänhardt Franz / *Posch Willibald*, Internationals Privatrecht – Privatrechtsvergleichung – Einheitsprivatrecht: Eine Einführung in die internationalen Dimensionen des Privatrechts Rechts, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 2. Auflage 1999.

Maennel Frithjof, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999 S. 187ff.

Malone M.D., Landlord and Tenant – Serving notices during a postal dispute, Law Society's Guardian Gazette, LSG 85.43 (19), 23 November 1989.

Maniotis Dimitris, Über die Rechtsfindungsmethode des angelsächsischen und des interkontinentaleuropäischen Richters, ZvglRWiss 87 (1988) S. 317ff.

Mankowski Peter, Für einen Anscheinsbeweis hinsichtlich der Identität des Erklärenden bei E-Mails, CR 2003 S. 44ff.

Mankowski Peter, Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich? NJW 2002 S. 2822ff.

Mankowski Peter, Zum Nachweis des Zugangs bei elektronischen Erklärungen, NJW 2004 S. 1901ff.

Maniruzzaman Mohammed, Comparative study of selected provisions of English Law and the CISG and other contract law provisions, zu finden unter: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html.

Mayr Peter / *Fucik Robert*, Das neue Verfahren außer Streitsachen, Verlag WUV Universitätsverlag Wien, 3. Auflage 2006.

Medicus Dieter, Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 8. Auflage 2002.

Medicus Dieter, Bürgerliches Recht: Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, Heymanns Verlag Köln, Berlin, Bonn, München, 19. Auflage 2002.

Megarry Robert / Wade William, The Law of Real Property, Sweet & Maxwell Verlag London, 6. Auflage 2000.

Mehrings Josef, Vertragsabschluss im Internet – Eine Herausforderung für das „alte“ BGB, MMR 1998 S. 30ff.

Mellulis Klaus, Zum Regelungsbedarf bei der elektronischen Willenserkärung, MDR 1994 S. 109ff.

Miller Carey, The Advocate's Duty to Justice: Where does it belong? in: LQR 97 (1981) S. 127ff.

Moss Sally, Why the United Kingdom has not ratified the CISG, 25 Journal of Law and Commerce (2005- 2006) S. 483ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe Band I, Guttentag Verlag Berlin, Leipzig, 1888, Nachdruck Kneip Verlag Loeben, 1998.

Müller Helene / *Roessler Thomas*, Zur rechtlichen Anerkennung elektronischer Signaturen in Europa, DuD 1999 S. 497ff.

Mugdan Benno, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I und II, v. Decker Verlag Berlin, 1899, Neudruck Scientia Verlag Aalen, 1979.

Neuner Jörg, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000 S: 1822ff.

Noll Peter, Gesetzgebungslehre, VS Verlag für Sozialwissenschaften Hamburg, 1973.

Pfersmann Hans, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, ÖJZ 1997, 531ff.

Obermayer Klaus, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Luchterhand Verlag Neuwied, 3. Auflage 1999.

Oertmann Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse Heymann Verlag Berlin, 2. Auflage 1906.

Ofner Julius, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Band I und Band II, Hölder Verlag Wien, 1889.

Paefgen Thomas, Rechtsgeschäfte mittels Bildschirmtext, AfP 1991 S. 365ff.

Paefgen Thomas, Forum: Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre? in JuS 1988 S. 592ff.

Pahlke Armin / *Koenig Ulrich*, Abgabenordnung Beck Verlag München, 2004.

Pfersmann Hans, Bemerkenswertes aus der SZ 68/I, ÖJZ 1997 S. 531ff.

Phipson Sidney, On Evidence, Sweet & Maxwell Verlag London, 15. Auflage 2000.

Poll Jens, Beweisführung und Beweislast im deutschen und im angloamerikanischen Anwaltshaftungsprozess, ZvglRWiss 94 (1995) S. 237ff.

Probandt, Wolfgang, Zivilrechtliche Probleme des Bildschirmtextes, ufita 98 (1984) S. 9ff.

Prölss Erich / *Martin Anton* / *Knappmann Ulrich*, Versicherungsvertragsgesetz: Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen - unter Berücksichtigung des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung, Beck Verlag München, 27. Auflage 2004.

Prütting Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast, Beck Verlag München, 1983.

Pugsley David, The advocate's duty to the court – Fundamental Duties, Sweet & Maxwell Verlag London, 1980.

Radbruch Gustav, Der Geist des englischen Rechts, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag Göttingen, 3. Auflage 1956.

Rainer Johannes Michael, Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung, Lang Verlag Frankfurt am Main, 2. Auflage 2007.

Ranieri Filippo, Europäisches Obligationenrecht: Lehr- und Textbuch, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 1999.

Ready Nigel, Brooke's Notary, Treatise on the Office and Oractice of a Notary in England, Sweet & Maxwell Verlag London, 12. Auflage 2002.

Rechberger Walter, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Springer Verlag Berlin, Wien, New York, 3. Auflage 2006.

Rechberger Walter / *Simotta Daphne-Ariane*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren, Manz Verlag Wien, 6. Auflage 2003.

Redeker Helmut, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 1984 S. 2390ff.

Reichert Winfried, Der Zugangsnachweis bei Einwurf-Einschreiben, NJW 2001 S. 2523f.

Reinicke Dietrich / *Tiedke Klaus*, Bürgschaftsrecht, Luchterhand Verlag Neuwied, 2. Auflage 2000.

Richter Walther, Der englische Richter – ein Fürst? In Festschrift für *Rudolf Wassermann* zum 60. Geburtstag, Luchterhand Verlag Neuwied, 1985.

Rosenberg Leo / *Schwab Karl* / *Gottwald Peter*, Zivilprozessrecht, Beck Verlag München, 16. Auflage 2004.

Roßnagel Alexander, Recht der Multimedia-Dienste, Loseblattsammlung, Beck Verlag München, 5. Ergänzungslieferung Stand: 2004.

Roßnagel Alexander, Die fortgeschrittene elektronische Signatur, MMR 2003 S. 164ff.

Roßnagel Alexander / *Fischer-Dieskau Stefanie*, Elektronische Dokumente als Beweismittel, NJW 2006 S. 806ff.

Roßnagel Alexander / *Fischer-Dieskau Stefanie* / *Wilke Daniel*, Transformation von Dokumenten, CR 2005 S. 903ff.

Roßnagel Alexander / *Wilke Daniel*, Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente, NJW 2006 S. 2145 ff.

Roßnagel Alexander / *Pfitzmann Andreas*, Der Beweiswert von E-Mail, NJW 2003 S. 1209ff.

Rott Peter, Die Auswirkungen des Signaturgesetzes auf die rechtliche Behandlung von elektronischen Datenmanagement und Datenaustausch – eine Prognose, in: NJW-CoR 1998 S. 420ff.

Rüthers Bernd / *Stadler Astrid*, Allgemeiner Teil des BGB, Beck Verlag München, 15. Auflage 2007.

Rummel Peter, Telefax und Schriftform, in: Beiträge zum Zivil- und Handelsrecht, Festschrift für *Rolf Ostheim* zum 65. Geburtstag, LexisNexis ARD Orac Verlag Wien, 1990 S. 211.

Rummel Peter, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Band I, §§ 1 bis 1174 ABGB, Manz Verlag Wien, 3. Auflage 2000.

Salficky Herbert, Die Prozessförderungspflicht und Präklusion, RdW 2002 S. 578ff.

Schaaff Petra, Pre Trial Discovery im englischen Recht, RIW 1988, 844f.

Schaaff Petra, Discovery und andere Mittel der Sachverhaltsaufklärung im englischen Pre-Trial-Verfahren im Vergleich zum deutschen Zivilprozeß, Duncker & Humblot Verlag Wien, 1983.

Säcker Franz / *Rebmann Kurt*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Beck Verlag München, 4. Auflage 2001.

Schaub Günter, Arbeitsgerichtsverfahren, Beck Verlag München, 7. Auflage 2001.

Schaub Günter, Arbeitsrechtshandbuch, Beck Verlag München, 9. Auflage 2000.

Scheichl Andrew, Das Common Law und das Zivilrecht am Beispiel des englischen und österreichischen Erbrechts, Dissertation Salzburg 2001.

Schemmann Till, Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in § 371a Abs. 1 Satz 2 ZPO, ZZP 118 (2005) S. 161ff.

Schippel Helmut, Die elektronische Form – Neue Formvorschriften für den elektronischen Rechtsverkehr in: Festschrift für *Walter Odersky* zum 65. Geburtstag, De Gruyter Verlag Berlin, 1996 S. 657.

Schlechtriem Peter, Internationales UN-Kaufrecht, Mohr Siebeck Verlag Tübingen, 2. Auflage 2003.

Schlechtriem Peter, Das „Sprachrisiko" – ein neues Problem? In. Einheit in der Vielfalt: Festschrift für *Hermann Weitnauer* zum 75. Geburtstag, Duncker und Humblot Verlag Heidelberg, 1980.

Schlosser Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 10. Auflage 2005.

Schmittmann Jens, Zu Telefaxübermittlungen im Geschäftsverkehr und den Gefahren der Manipulation, DB 1993 S. 2575ff.

Schmitthoff Clive, Der Zivilprozess als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken, JZ 1972 S. 38ff.

Schmittmann Jens / *Ahrens Gerlind*, Pflichtangaben in E-Mails – ist die elektronische Post ein Geschäftsbrief? DB 2002 S. 1038ff.

Schneider Egon, Was gibt's Neues? MDR 1999 S. 193ff.

Schneider Egon, Problemfälle aus der Prozesspraxis „Der Zugang wird bestritten", MDR 1984 S. 281ff.

Schneider Martin / *Frank Peter* / *Kirschbichler Ursula* / *Moravec Wolfgang* / *Roth Peter*, Der elektronische Rechtsverkehr mit den Gerichten (ERV): Handbuch für die Praxis mit Formulareingaben im Mahn- und Exekutionsverfahren ; Beschreibung, Muster, Rechtsgrundlagen, Manz Verlag Wien, 1999.

Schoch Friedrich / *Schmidt-Aßmann* / *Pietzner Rainer*, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar VwGO, Loseblattsammlung, Beck Verlag München, Stand: Juli 2005.

Schumacher Hubertus, Richterliche Anleitungspflichten, Manz Verlag Wien, 2000.

Schuppich Walter / *Tades Helmuth*, Rechtsanwaltsordnung, Disziplinarstatut, Rechtsanwaltstarifgesetz, Berufprüfungs- Anrechungsgesetz und EWR-Rechtsanwaltsgesetz, sowie sonstige einschlägige Rechtsvorschriften samt erläuternden Anmerkungen und Verweisen, Manz Verlag Wien, 6. Auflage (1999).

Schuster Fabian / *Eckert Susanne*, Vertragshandbuch Telemedia, Beck Verlag München, 2001.

Schwab Dieter, Einführung in das Zivilrecht, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 15. Auflage 2002.

Schwab Dieter / *Löhning Martin*, Einführung in das Zivilrecht, C.F. Müller Verlag Heidelberg, 17. Auflage 2007.

Schwachheim Jürgen, Abschied vom Telefax im gerichtlichen Verfahren? NJW 1999 S. 621ff.

Schwarz Andreas, Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande in: Festschrift für *Otto Lenel* zum seinem sechzigjährigen Doktorjubiläum am 16. Dezember 1931 (Symbolae Friburgenses in honorem *O. Lenel*), Tauchnitz Verlag Leipzig, 1931 S.425ff.; neu abgedruckt in: *Wieacker Franz* / *Thieme Hans*, Rechtsgeschichte und Gegenwart, C.F. Müller Verlag Karlsruhe, 1960 S. 26ff.

Schwarz Andreas, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, Zürich, Schultess Verlag, 1950.

Schwimann Michael, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, Lexis Nexis ARD Orac Verlag Wien, 3. Auflage 2005/2006.

Soergel Theodor, Bürgerliches Recht mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer Verlag Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 13. Auflage 2000.

Späth Wolfgang, „Soll"-Bestimmungen im Verfahrensrecht – Ihre Unterschiedliche Auslegung und ihre Folgen, VersR 1978 S: 605ff.

Spindler Gerald, Entgeltklauseln in der Kreditwirtschaft und E-Commerce von Kreditinstituten in: *HaddingWalther* / *Hopt Klaus* / *Schimansky Herbert*, Schriftenreihe der bankrechtlichen Vereinigung Nr. 19 – Bankrechtstag 2001; De Gruyter Verlag Berlin 2002 S. 171.

Sponeck Henning von, Beweiswert von Computerausdrucken, CR 1991 S. 269ff.

Staudinger Julius von, Eckpfeiler des Zivilrechts, De Gruyter Verlag Berlin, 2005.

Staudinger Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 90 – 133, De Gruyter Verlag Berlin, 14. Auflage 2005.

Stelkens Paul / *Bonk Heinz* / *Sachs Michael*, Verwaltungsverfahrensgesetz, Beck Verlag München, 6. Auflage 2001.

Stürner Rolf, Der hundertste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter? JZ 1996 S. 741.

Sykora Johannes, e-mail – Ein neues Medium im rechtsgeschäftlichen Verkehr? AnwBl 1999 S. 540ff.

Tapper Colin, Cross and Tapper on evidence, Clarendon University Press Oxford, 10. Auflage 2004.

Taupitz Jochen / *Kritter Thomas*, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999 S. 839ff.

Teske Wolfgang, Notwendigkeit der eigenhändigen Unterzeichnung des Einspruchs gegen einen Vollstreckungsbescheid, JR 1988 S. 421ff.

Thiele Clemens, Das Internet in der anwaltlichen Berufspraxis, AnwBl 1998 S. 670f.

Thomas Heinz / *Putzo Hans*, Zivilprozessordnung, Kommentar, Beck Verlag München, 27. Auflage 2005.

Thume Karl-Heinz, Kommentar zur CMR, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr, Recht und Wirtschaft Verlag Heidelberg, 1995.

Thur Andreas von, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II 1. Halbband, Kastner & Callwey Verlag München, 1914.

Titze Heinrich, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, JherJb 47 (1904) S. 379ff.

Treitel Guenter, The Law of Contract, Sweet & Maxwell Verlag London, 9. Auflage 1995.

Tschentscher Axel, Beweis und Schriftform bei Telefaxdokumenten, CR 1991 S. 141ff.

Ultsch Michael, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen – dargestellt am Beispiel der Electronic Mail, NJW 1997 S. 3007ff.

Ultsch Michael, Zivilrechtliche Probleme elektronischer Erklärungen, DZWir 1997 S. 466ff.

Unger Josef, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Band I und Band II, Breitkopf und Härtel Verlag Leipzig, 5. Auflage 1892.

Vehslage Thorsten, Das geplante Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsverkehr, DB 2000 S. 1801f.

Vehslage Thorsten, Anmerkung zu FG Hamburg, Urt. v. 21.11.2000 – II 137/00, CR 2001 S. 162.

Vollkommer Max, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform, Beck Verlag München, 1973.

Walter Robert / Thienel Rudolf, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze Band I, Manz Verlag Wien, 2. Auflage 1998.

Walter Robert / *Thienel Rudolf*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze: Samt den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen, erläuternden Anmerkungen, Manz Verlag Wien, 16. Auflage 2004.

Wanke Oliver / *Müller Patricia*, Vorsicht, Fax! CHIP 1992, 86.

Wendt Gerlind, Die ärztliche Dokumentation, Nomos Verlag Baden-Baden, 2001.

Wieacker Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag Göttingen, 2. Auflage 1967.

Wilhelm Georg, Telefax: Zugang, Übermittlungsfehler und Formfragen, ecolex 1990 S. 208ff.

Wolf Christian, Die Verwendung eines Fernkopierers zur Dokumentenübermittlung, NJW 1989, 2592ff.

Würth Helmut, Anmerkung zu OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93, WoBl 1994 S. 70.

Zeiller Franz v., Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I, Manz Verlag Wien, (1811-1813), Nachdruck 1986.

Ziehensack Helmut, Vorbereitende Schriftsätze, ZAK 2006 S. 27f.

Zimmermann Reinhard, Law of obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon University Press Oxford, 2. Auflage 1996.

Zimmermann Reinhard, Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, ZEuP 1 (1993) S. 4ff.

Zimmermann Reinhard, Savignys Vermächtnis – Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft, in JBl 1998 S. 273ff.

Zitelmann Ernst, Zur Begrüßung des neuen Gesetzbuches, in DJZ 1900 S. 3ff.

Zöller Richard /*Geimer Reinhold* / *Greger Reinhard*, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Otto Schmidt Verlag Köln, 26. Auflage 2006.

Zweigert Konrad / *Kötz Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, Mohr Siebeck Verlag Tübingen, 3. Auflage 1996.

Anhang E: Verzeichnis der Gerichtsentscheidungen:

Österreichischer Rechtskreis

OGH 26.05.2004, 7 Ob 94/04f
OGH 11.05.2004, 5 Ob 90/04b
OGH 15.04.2004, 2 Ob 20/03k
OGH 25.03.2003, 1 Ob 153/02k
OGH 05.11.2002, 5 Ob 207/02f
OGH 10.10.2002, 2 Ob 81/02a
OGH 06.05.2002, 2 Ob 95/02p
OGH 18.04.2002, 6 Ob 310/01h
OGH 27.04.1999, 1 Ob 41/99g
OGH 30.03.1999, 7 Ob 270/98a
OGH 30.06.1998, 1 O 273/97x
OGH 26.05.1998, 5 Ob 77/98d
OGH 26.02.1998, 8 Ob 117/97g
OGH 11.12.1997, 8 Ob 232/97v
OGH 26.11.1997, 9 Ob A 292/97
OGH 14.10.1997, 1 Ob 144/97a
OGH 25.09.1997, 2 Ob 285/97v
OGH 30.04.1997, 9 Ob A 124/97v
OGH 30.04.1997, 9 Ob A 78/97d
OGH 24.10.1996, 6 Ob 2016/96f.
OGH 23.10.1996, 7 Ob 2167/96v
OGH 26.04.1996, 6 Ob 512, 513/96
OGH, 21.02.1996, 7 Ob 5/96
OGH 05.12.1995, 1 Ob 620/95
OGH 09.11.1995, 6 Ob 619/95
OGH 22.06.1995, 8 Ob A 223/95
OGH 26.04.1995, 9 Ob A 55/95
OGH 27.03.1995, 1 Ob 515/95
OGH 23.11.1994, 7 Ob 38/94
OGH 21.06.1994, 14 Os 73/94
OGH, 19.05.1994, 8 Ob 254/94
OGH 11.03.1994, 1 Ob 626/93
OGH 02.07.1993, 1 Ob 525/93
OGH 25.05.1993, 5 Ob 41/93
OGH 16.12.1992, 3 Ob 569/92
OGH 10.03.1992, 5 Ob 509/92
OGH 10.10.1991, 7 Ob 607/91
OGH 21.11.1989, 5 Ob 111/89
OGH 28.09.1989, 7 Ob 675/89
OGH 14.07.1988, 6 Ob 617/88
OGH 24.03.1988, 6 Ob 537/88
OGH 27.04.1987, 1 Ob 558/87
OGH 05.03.1987, 7 Ob 621/86
OGH 14.05.1985, 5 Ob 535/85
OGH 17.04.1984, 4 Ob 29/84
OGH 18.10.1983, 4 Ob 583/83

OGH 03.11.1982, 7 Ob 675/89
OGH 14.02.1980, 7 Ob 8/80
OGH 17.03.1977, 7 Ob 654/76
OGH, 16.03.1977, 1 Ob 533/77
OGH 12.12.1974, 7 Ob 246/74
OGH 25.03.1974, 2 Ob 123/73
OGH 12.01.1971, 4 Ob 102/70
OGH 22.05.1968, 3 Ob 53/68
OGH 15.09.1967, 7 Ob 240/65
OGH 14.05.1963, 8 Ob 127/63
OGH 04.07.1962, 11 Os 191- 194/62
OGH 01.12.1961, 2 Ob 481/61
OGH 06.09.1961, 5 Ob 285/61
OGH 12.11.1952, 2 Ob 723/52
OGH 16.05.1925, Ob I 406/25

OLG Feldkirch 06.06.2006, 3 R 138/06a
OLG Wien 25.01.1996, 6 R 109/94
OLG Wien 10.04.1989, 27 Bs 69/89
OLG Wien 19.12.1983, 32 R 187/83

LGZ Wien 30.06.1999, 43 R 231/99k
LGZ Wien 14.11.1991, 43R 640/91
LGZ Wien 19.07.1979, 43 R 366/79
LG Innsbruck 28.11.1986, 3a R 450/86

VfGH 01.07.1982, V 40/80

VwGH 11.07.2000, 2000/16/0288
VwGH 20.12.1996, 96/02/0296
VwGH 26.01.1996, 95/02/0292
VwGH 31.01.1995, 94/08/0277
VwGH 04.11.1992, 92/18/0168
VwGH 05.06.1991, 90/18/0176
VwGH 22.03.1991, 86/18/0213
VwGH 03.10.1990, 89/02/0195
VwGH 12.12.1989, 89/04/0173
VwGH 08.06.1984, 84/17/0068
VwGH 21.01.1983, 82/16/0119
VwGH 02.05.1980, 17/80
VwGH 31.10.1979, 1817/78
VwGH 21.01.1976, 1207/75
VwGH 21.01.1965, 1711/64

Deutscher Rechtskreis

BVerfG,	Urt. v. 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 & 2 BvR 1521/01
BVerfG,	Beschl. v. 21.06.2001 – 1 BvR 436/01
BVerfG,	Beschl. v. 25.02.2000 – 1 BvR 1363/99
BVerfG,	Beschl. v. 19.11.1999 – 2 BvR 565/98
BVerfG,	Beschl. v. 24.11.1997 – 1 BvR 1023/96
BVerfG,	Beschl. v. 01.08.1996 – 1 BvR 121/95
BVerfG,	Beschl. v. 10.03.1992 – 2 BvR 430/91
BVerfG,	Beschl. v. 05.03.1990 – 1 BvR 232/89
BVerfG,	Beschl. v. 26.04.1988 – 1 BvR 669/87, 1 BvR 686/87, 1 BvR 687, 87
BVerfG,	Beschl. v. 11.02.1987 – 1 BvR 475/85
BVerfG,	Beschl. v. 14.05.1985 – 1 BvR 370/84
BVerfG,	Beschl. v. 03.10.1979 – 1 BvR 726/78
BVerfG,	Beschl. v. 04.05.1977 – 2 BvR 616/75
BVerfG,	Beschl. v. 03.06.1975 – 2 BvR 99/74
BayVerfGH,	Urt. v. 15.10.1992 – Vf.117-VI-91
BGH,	Urt. v. 10.05.2005 – XI ZR 128/04
BGH,	Urt. v. 21.01.2004 – XII ZR 214/00
BGH,	Urt. v. 11.04.2002 – I ZR 306/99
BGH,	Urt. v. 05.03.2002 – VI ZR 398/00
BGH,	Urt. v. 24.07.2001 – VIII ZR 58/01
BGH,	Urt. v. 04.07.2001 – 2 StR 513/00
BGH,	Urt. v. 14.03.2001 – XII ZR 51/99
BGH,	Urt. v. 17.10.2000 – X ZR 97/99
BGH,	Urt. v. 14.09.2000 – III ZR 183/99
BGH,	Urt. v. 03.11.1999 – I ZR 145/97
BGH,	Urt. v. 24.11.1998 – XI ZR 327/97
BGH,	Urt. v. 15.06.1998 – II ZR 40/97
BGH,	Urt. v. 15.05.1998 – V ZR 216/97
BGH,	Urt. v. 26.11.1997 – VIII ZR 22/97
BGH,	Urt. v. 30.07.1997 – VIII ZR 244/96
BGH,	Urt. v. 10.07.1997 – IX ZR 24/97
BGH,	Urt. v. 17.06.1997 – X ZR 119/94
BGH,	Urt. v. 22.04.1996 – II ZR 65/95
BGH,	Urt. v. 17.04.1996 – IV ZR 202/95
BGH,	Urt. v. 20.03.1996 – VII ZB 7/96
BGH,	Urt. v. 21.02.1996 – IV ZR 297/94
BGH,	Urt. v. 02.02.1996 – V ZR 239/94
BGH,	Urt. v. 24.01.1996 – XII ZB 4/96
BGH,	Urt. v. 13.12.1995 – XII ZB 173/97
BGH,	Urt. v. 07.06.1995 – VIII ZR 125/94
BGH,	Urt. v. 21.03.1995 – VI ZB 5/95
BGH,	Urt. v. 14.12.1994 – IV ZR 304/93
BGH,	Urt. v. 07.12.1994 – VIII ZR 153/93
BGH.	Urt. v. 22.10.1993 – V ZR 112/92
BGH,	Urt. v. 28.01.1993 – IX ZR 259/91
BGH,	Urt. v. 14.01.1993 – IX ZR 238/91
BGH,	Urt. v. 13.05.1992 – VIII ZR 190/91
BGH,	Urt. v. 21.01.1992 – XI ZR 71/91
BGH,	Urt. v. 02.10.1991 – IV ZR 68/91

BGH,	Urt. v. 30.06.1990 – XII ZR 55/97
BGH,	Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89
BGH,	Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 296/88
BGH,	Urt. v. 02.11.1989 – IX ZR 197/88
BGH,	Urt. v. 15.03.1989 – VIII ZR 303/87
BGH,	Urt. v. 09.11.1988 – I ZR 149/87
BGH,	Urt. v. 03.06.1987 – IVa ZR 292/85
BGH,	Urt. v. 13.05.1987 – VIII ZR 137/86
BGH,	Urt. v. 05.02.1987 – I ZR 210/84
BGH,	Urt. v. 20.11.1986 – III ZR 18/86
BGH,	Urt. v. 12.05.1986 – II ZR 225/85
BGH,	Urt. v. 23.05.1985 – IX ZR 102/84
BGH,	Urt. v. 16.10.1984 – VI ZR 304/82
BGH,	Urt. v. 07.06.1984 – IX ZR 66/83
BGH,	Urt. v. 10.05.1984 – III ZR 29/83
BGH,	Urt. v. 11.10.1983 – VI ZR 141/82
BGH,	Urt. v. 27.05.1982 – III ZR 201/80
BGH,	Urt. v. 11.02.1982 – III ZR 39/81
BGH,	Urt. v. 05.02.1981 – X ZB 13/80
BGH,	Urt. v. 26.11.1980 – VIII ZR 50/80
BGH,	Urt. v. 30.09.1980 – V ZB 8/80
BGH,	Urt. v. 13.02.1980 – VIII ZR 5/79
BGH,	Urt. v. 16.11.1979 – V ZR 93/77
BGH,	Urt. v. 18.01.1978 – IV ZR 204/75
BGH,	Urt. v. 06.06.1973 – IV ZR 164/71
BGH,	Urt. v. 23.03.1973 – V ZR 39/71
BGH,	Urt. v. 24.03.1972 – IV ZR 65/71
BGH,	Urt. v. 11.05.1971 – 1 StR 387/70
BGH,	Urt. v. 25.03.1970 – VIII ZR 134/68
BGH,	Urt. v. 17.02.1970 – III ZR 139/67
BGH,	Urt. v. 16.02.1970 – III ZR 136/68
BGH,	Urt. v. 27.01.1965 – VIII ZR 11/63
BGH,	Urt. v. 17.02.1964 – II ZR 87/61
BGH,	Urt. v. 26.06.1958 – II ZR 66/57
BGH,	Urt. v. 28.11.1957 – VII ZR 42/57
BGH,	Urt. v. 27.05.1957 – VII ZR 223/56
BGH,	Urt. v. 14.02.1957 – VII ZR 250/56
BGH,	Urt. v. 29.11.1956 – III ZR 235/55
BGH,	Urt. v. 28.11.1956 – V ZR 77/55
BGH,	Urt. v. 15.02.1955 – I ZR 108/53

BGH,	Beschl. v. 10.10.2006 – XI ZB 40/05
BGH,	Beschl. v. 26.09.2006 – VII ZB 101/05
BGH,	Beschl. v. 21.09.2006 – V ZR 260/05
BGH,	Beschl. v. 02.08.2006 – XII ZB 84/06
BGH,	Beschl. v. 25.04.2006 – IV ZB 20/05
BGH,	Beschl. v. 21.07.2004 – XII ZB 27/03
BGH,	Beschl. v. 15.06.2004 – VI ZB 9/04
BGH,	Beschl. v. 20.02.2003 – V ZB 60/02
BGH,	Beschl. v. 28.02.2002 – VII ZB 28/01
BGH,	Beschl. v. 18.07.2001 – XII ZB 61/01
BGH,	Beschl. v. 28.03.2001 – XII ZB 100/00
BGH,	Beschl. v. 01.02.2001 – V ZB 33/00
BGH,	Beschl. v. 05.04.2000 – GmS-OGB 1/98

BGH,	Beschl. v. 17.11.1999 – IV ZB 18/99
BGH,	Beschl. v. 29.09.1998 – XI ZR 367/97
BGH,	Beschl. v. 28.09.1998 – II ZB 19/98
BGH,	Beschl. v. 09.02.1998 – II ZB 15/97
BGH,	Beschl. v. 23.01.1997 – VII ZB 37/96
BGH,	Beschl. v. 14.01.1997 – VI ZB 24/96
BGH,	Beschl. v. 08.01.1997 – XII ZB 199/96
BGH,	Beschl. v. 30.10.1996 – XII ZB 140/96
BGH,	Beschl. v. 23.10.1995 – II ZB 6/95
BGH,	Beschl. v. 06.03.1995 – II ZB 1/95
BGH,	Beschl. v. 10.11.1994 – IX ZB 67/94
BGH,	Beschl. v. 27.06.1994 – III ZR 117/93
BGH,	Beschl. v. 04.05.1994 – XII ZB 21/94
BGH,	Beschl. v. 19.04.1994 – VI ZB 3/94
BGH,	Beschl. v. 13.10.1993 – IV ZB 9/93
BGH,	Beschl. v. 20.09.1993 – II ZB 10/93
BGH,	Beschl. v. 16.09.1993 – V ZB 33/93
BGH,	Beschl. v. 24.03.1993 – XII ZB 12/93
BGH,	Beschl. v. 17.11.1992 – X ZB 20/92
BGH,	Beschl. v. 08.10.1991 – XI ZB 6/91
BGH,	Beschl. v. 21.06.1990 – I ZB 6/90
BGH,	Beschl. v. 11.10.1989 – IVa ZB 7/89
BGH,	Beschl. v. 28.09.1989 – VII ZB 9/89
BGH,	Beschl. v. 23.06.1988 – X ZB 3/87
BGH,	Beschl. v. 29.10.1986 – IVa ZB 13/86
BGH,	Beschl. v. 25.03.1986 – IX ZB 15/86
BGH,	Beschl. v. 11.10.1984 – X ZB 11/84
BGH,	Beschl. v. 27.10.1983 – VII ZB 9/83
BGH,	Beschl. v. 24.02.1983 – I ZB 8/82
BGH,	Beschl. v. 02.02.1983 – VIII ZB 1/83
BGH,	Beschl. v. 15.04.1975 – IX ZB 30/74
BGH,	Beschl. v. 21.03.1974 – VII ZB 2/74
BGH,	Beschl. v. 29.04.1960 – 1 StR 114/60
BGH,	Beschl. v. 14.12.1954 – V ZB 31/54
BGH,	Beschl. v. 23.09.1952 – V BLw 3/52
BGH,	Beschl. v. 25.04.1951 – II ZB 6/51
RG,	Urt. v. 03.05.1934 – IV 17/34
RG,	Urt. v. 10.11.1933 – VII 192/33
RG,	Urt. v. 28.11.1932 – IV 328/32
RG,	Urt. v. 04.11.1929 – VIII 350/29
RG,	Urt. v. 25.06.1929– VII 653/28
RG,	Urt. v. 23.02.1929 – RAG 83/28
RG,	Urt. v. 07.02.1925 – IV 485/24
RG,	Urt. v. 27.02.1923 – VII 124/22
RG,	Urt. v. 12.07.1922 – III 674/21
RG,	Urt. v. 14.04.1920 – I 275/19
RG,	Urt. v. 09.05.1919 – II 400/18
RG,	Urt. v. 11.01.1907 – II 357/06
RG,	Urt. v. 24.11.1903 – II 148/03
RG,	Urt. v. 08.02.1902 – I 348/01
RG,	Urt. v. 04.05.1900 – III 73/00
RG,	Urt. v. 29.04.1899 – V 354/98

RG,	Beschl. v. 15.05.1936 – 2/36/V 62/35
RG,	Beschl. v. 28.11.1932 – IVb 4/32
RG,	Beschl. v. 11.11.1927 – III B 17/27
RG,	Beschl. v. 27.06.1910 – VI 297/08
BVerwG,	Urt. v. 06.12.1988 – 9 C 40/87
BVerwG,	Urt. v. 11.05.1960 – V C 320.58
BVerwG,	Urt. v. 14.12.1955 – V C 138.55
BVerwG,	Beschl. v. 27.01.2003 – 1 B 92/02
BSG,	Beschl. v. 15.10.1996 – 14 Beg 9/96
BSG,	Urt. v. 04.06.1975 – 11 RA 189/74
BSG,	Beschl. v. 28.06.1985 – 7 BAr 36/85
BAG,	Urt. v. 14.08.2002 – 5 AZR 169/01
BAG,	Urt. v. 29.08.2001 – 4 AZR 388/00
BAG,	Urt. v. 04.07.2001 – 2 AZR 469/00
BAG,	Urt. v. 20.02.2001 – 1 AZR 322/00
BAG,	Urt. v. 21.09.2000 – 2 AZR 163/00
BAG,	Urt. v. 19.01.1999 – 9 AZR 679/97
BAG,	Urt. v. 20.08.1998 – 2 AZR 603/97
BAG,	Urt. v. 25.04.1996 – 2 AZR 13/95
BAG,	Urt. v. 14.09.1994 – 2 AZR 95/94
BAG,	Urt. v. 09.08.1984 – 2 AZR 400/83
BAG,	Urt. v. 08.12.1983 – 2 AZR 337/82
BAG,	Urt. v. 27.08.1982 – 7 AZR 30/80
BAG,	Urt. v. 29.07.1981 – 4 AZR 632/79
BAG,	Urt. v. 26.01.1976 – 2 AZR 506/74
BAG,	Urt. v. 16.01.1976 – 2 AZR 619/74
BAG,	Urt v. 14.07.1960 – 2 AZR 173/59
BAG,	Beschl. v. 19.05.1999 – 8 AZB 8/99
BAG,	Beschl. v. 14.01.1986 – 1 ABR 86/83
BFH,	Urt. v. 15.09.1994 – XI R 31/94
BFH,	Urt. v. 12.03.2003 – X R 17/99
BFH,	Urt. v. 17.12.1998 – III R 87/96
BFH,	Urt. v. 16.03.1999 – X R 41/96
BFH,	Urt. v. 14.03.1989 – VII R 75/85
BFH,	Urt. v. 08.07.1998 – I R 17/96
BFH,	Urt. v. 01.02.1991 – V 3 116/91
BFH,	Beschl. v. 31.03.1998 – I S 8/97
BayObLG,	Beschl. v. 13.10.1994 – 1Z RR 39/94
OLG Düsseldorf,	Urt. v. 14.11.2005 – I-9 U 30/05
OLG Köln,	Urt. v. 06.09.2002 – 19 U 16/02
OLG Stuttgart,	Urt. v. 08.02.2000 – 10 U 153/99
OLG Frankfurt,	Urt. v. 21.01.1999 – 4 U 61/98
OLG München,	Urt. v. 18.09.1998 – 21 U 3131/98
OLG Rostock,	Urt. v. 24.09.1997 – 5 U 23/96
OLG Rostock,	Urt. v. 18.01.1996 – 1 U 33/95
OLG Köln,	Urt. v. 31.03.1995 – 19 U 197/94

OLG Hamm,	Urt. v. 25.04.1994 – 8 U 188/93
OLG Hamm,	Urt. v. 22.03.1994 – 7 U 133/93
OLG Dresden,	Urt. v. 02.12.1993 – 8 U 1043/93
OLG München,	Urt. v. 16.12.1992 – 7 U 5553/92
OLG München,	Urt. v. 26.06.1992 – 23 U 2229/92
OLG Düsseldorf,	Urt. v. 30.01.1992 – 5 U 133/91
OLG Frankfurt,	Urt. v. 16.11.1990 – 24 U 236/89
OLG Köln,	Urt. v. 01.12.1989 – 6 U 10/89
OLG Koblenz,	Urt. v. 06.10.1989 – 2 U 200/88
OLG Hamm,	Urt. v. 04.02.1986 – 24 U 221/85
OLG Hamm,	Urt. v. 26.11.1985 – 26 U 118/85
OLG Hamburg,	Urt. v. 06.12.1979 – 10 U 84/78
OLG Düsseldorf,	Urt. v. 18.01.1979 – 18 U 153/78
OLG Hamburg,	Urt. v. 10.03.1977 – 4 U 149/76
OLG Karlsruhe,	Urt. v. 12.06.1973 – VIII U 65/72
OLG Saarbrücken,	Urt. v. 20.11.1969 – 1 U 101/69
OLG Schleswig-Holstein,	Beschl. v. 25.04.2007 – 6 W 10/07
OLG Nürnberg,	Beschl. v. 20.04.2006 – 5 U 456/06
OLG Saarbrücken,	Beschl. v. 24.05.2004 – 5 W 99/04-36
OLG Zweibrücken,	Beschl. v. 30.10.2001 – 3 W 246/01
OLG Bamberg,	Beschl. v. 20.12.2000 – 7 U 10/00
OLG Bamberg,	Beschl. v. 15.11.2000 – 7 UF 172/00
OLG Frankfurt,	Beschl. v. 07.01.2000 – 20 W 591/99
OLG Brbg,	Beschl. v. 10.02.1998 – 10 UF 106/97
OLG Frankfurt,	Beschl. v. 05.07.1996 – 21 U 9/96
OLG Köln,	Beschl. v. 04.01.1995 – 27 W 20/94
OLG Naumburg,	Beschl. v. 28.06.1993 – 3 U 44/93
OLG München,	Beschl. v. 24.06.1993 – 2 UF 889/93
OLG München,	Beschl. v. 10.11.1992 – 12 UF 1182/92
OLG Düsseldorf,	Beschl. v. 01.09.1989 – 2 W 79/89
OLG Hamburg,	Beschl. v. 13.06.1989 – 13 W 75/89
OLG Köln,	Beschl. v. 06.06.1988 – 6 W 49/88
OLG Frankfurt,	Beschl. v. 01.11.1976 – 5 U 207/76
OLG Hamm,	Beschl. v. 24.07. 1961 – 3 Ws 392/61
VGH Mannheim,	Beschl. v. 02.12.1993 – A 16 S 2083/93
VGH Kassel,	Beschl. v. 19.05.1992 – 13 TP 2474/91
OVG Münster,	Urt. v. 13.09.2004 – 6 A 4500/02
OVG Lüneburg,	Beschl. v. 14.01.2002 – 12 LA 17/02
LAG Hamm,	Urt. v. 21.07.2005 – Sa 912/05
LAG Düsseldorf,	Urt. v. 24.02.2004 – 8 Sa 1806/03
LAG Frankfurt,	Urt. v. 10.04.2000 – 2 Sa 231/99
LAG Brandenburg,	Urt. v. 11.03.1998 – 7 Sa 216/97
LAG Hamm,	Urt. v. 13.01.1993 – 14 Sa 1486/92
LAG Hamm,	Urt. v. 12.10.1992 – 18 Sa 145/92
LAG Köln,	Beschl. v. 24.03.1988 – 8 Ta 46/88
LAG Hamm,	Beschl. v. 04.01.1979 – 8 Ta 105/78
Sächs. LSG,	Urt. v. 11.01.2006 – L 1 P 14/05

VG Frankfurt,	Urt. v. 27.07.2007 – 10 E 5709/06
FG München,	Urt. v. 15.02.2006 – 9 K 5420/04
LG Kleve,	Urt. v. 22.11.2002 – 5 S 90/02
LG Konstanz,	Urt. v. 19.04.2002 – 2 O 141/01 A
LG Stuttgart,	Urt. v. 22.11.2001 – 20 O 467/01
AG Erfurt,	Urt. v. 14.09.2001 – 28 C 2354/01
LG Bonn,	Urt. v. 07.08.2001 – 2 O 450/00
AG Siegburg,	Urt. v. 03.07.2001 – 8a C 61/01
FG Hamburg,	Urt. v. 21.11.2000 – II 137/00
AG Paderborn,	Urt. v. 03.08.2000 – 51 C 76/00
LG Potsdam,	Urt. v. 27.07.2000 – 11 S 233/99
AG Düsseldorf,	Urt. v. 25.03.1998 – 22 C 20447/97
LG Wiesbaden,	Urt. v. 03.06.1997 – 8 S 406/96
LG Osnabrück,	Urt. v. 29.11.1993 – 2 O 331/93
LG Darmstadt,	Urt. v. 17.12.1992 – 9 O 170/92
AG Frankfurt,	Urt. v. 11.03.1993 – 30 C 3203/92-20
FG Berlin,	Urt. v. 26.08.1976 – V 74/76

LG Berlin,	Beschl. v. 18.05.2005, 50 T 21/05
FG Münster,	Beschl. v. 18.03.2004 – 1 K 6057/02 F
KG Berlin,	Beschl. v. 26.07.2001 – 8 W 225/01
KG Berlin,	Beschl. v. 14.07.2000 – 9 U 2941/00
LG Berlin,	Beschl. v. 05.05.2000 – 18 O 205/00
LG Hamburg,	Beschl. v. 03.03.1994 – 302 T 18/94
KG Berlin,	Beschl. v. 21.10.1993 – 25 W 5805/93
VG Wiesbaden,	Beschl. v. 14.10.1993 – 8/1 G 20.646/93
LG Hagen,	Beschl. v. 28.10.1991 – 13 T 639/91
LG Würzburg,	Beschl. v. 21.08.1991 – 14 O 2300/90

Englischer Rechtskreis

Adams and others vs *Lindsell* (1818) 1 B. & Ald. 681, 106 E.R. 250
Bircham & Co and others vs *Worell Holdings Ltd* (2001) EWCA Civ 775
Black Arrow Finance Ltd vs *Four Seasons Dry Cleaning Ltd & Simon Wills* (2001) EWCA Civ 430
Bonnington Castings Ltd vs *Wardlaw* (1956) A.C. 613, 620 (HL)
Brinkibon Ltd vs *Stahag Stahl und Stahlhandelswarengesellschaft* (1982) 1 All E.R. 293
Briscoe vs *Briscoe* (1966) 1 All E.R. 465
Brown vs *Rolls-Royce Ltd* (1960) 1 WLR 210, 215, HL
Byrne vs *van Tienhoven* (1880) L.R. 5 C.P.D. 344
Carlill vs *Carbolic Smoke Ball Co* (1893) 1 QB 256 (1891-4) All E.R. Rep 127
Cooper vs *Slade* (1858) 6. L. Cas. 746, 742
Days Medical Aids Ltd vs *Pihsiang Machinery Manufacturing Co Ltd and others* (2004) EWHC 44 (Comm) (2004) 1 All E.R. (Comm) 991
Davies vs *Eli Lilly & Co* (1987) 1 WLR 428, 431
Entores Ltd vs *Miles Far Eastern Corporation* (1955) 2 Q.B. 327 (C.A.)
Felthouse vs *Bindley* (1862) 11 CB (NS) 869; 142 E.R. 1037 (CP)
Fergusson vs *Lewis* (1879) 14 L.J. 700
First Indian Cavalry Club vs *HM Customs & Excise* (1998) SC 126
Goodman vs *Eban* (J) Ltd (1954) 1 All E.R. 763
Gregg vs *Bromley* (1912) 3 K.B. 474
Hastie & Jenkerson vs *McMahon* (1991) 1 All E.R. 255.
Heiser vs *Anglo-Dal Ltd* (1954) 1 Lloyd's Rep. 5 C.A.
Household Fire Insurance vs *Grant* (1879) 4 Ex. D. 216
Howell Securities vs *Hughes* (1974) 1 All E.R. 161
Joan Balcom Sales Inc. vs *Poirier* (1991), 49 C.P.C. (2d) 180 (N.S.Co.Ct.)
Kitt vs *Grattans Plc* (1996) PA/273/96.
Krell vs *Henry* (1903) 2 KB 740 (CA) 747
Mullan vs *Anderson* (1993) SLT 835
Newis vs *Lark* (1571) Plowd. 403, 412
Ones vs *National Coal Bord* (1957) 2 Q.B. 55
Protea Leasing vs *Royal Air Cambodge Co Ltd and others* (2002) EWHC 2731 (Comm) (2002) All E.R. (D) 224 (Dec).
Ralux NV/SA vs *Spencer Mason* (1989) The Times, 18 May 1989, CA
Re Enoch & Zaretsky vs *Bock & Co.* (1910) 1 K.B. 327
Rust vs *Abbey Life Assurance* (1979) 2 Lloyd's Rep 334
Slade vs *Morley* (1602) 4 Coke Rep. 92
Stylo Shoes vs *Prices Tailors Ltd* (1960) Ch 396.
Tay Bok Choon vs *Tahansan Sdn. Bhd.* (1987) 1 W.L.R. 413 at 418
Tenax Steamship Co Ltd vs *The Brimnes* (1975) 1 QB 929 at 969-970
Vitol S.A. vs *Norelf Ltd* (1996) 3 All E.R. 193
Yuill vs *Yuill* (1945) 1 W.L.R. 1105 at 1107